Série A N° 137

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

La Coutume
dans la
Jurisprudence Internationale

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Denise BALLEREAU

Jury de la Thèse :

Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen.*

Suffragants : MM. Robert REDSLOB, *Professeur*
Marcel PRÉLOT, *Professeur.*

LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V^e^)

1941

La Coutume

dans la

Jurisprudence Internationale

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 137

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

La Coutume
dans la
Jurisprudence Internationale

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Denise BALLEREAU

Jury de la Thèse :

Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen.*

Suffragants : MM. Robert REDSLOB, *Professeur*
Marcel PRÉLOT, *Professeur.*

LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1941

Respectueusement dédié

à

MONSIEUR LE PROFESSEUR J. BASDEVANT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543528_0052

INTRODUCTION

Dans l'exposé de son opinion individuelle à propos de l'arrêt du Lotus rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale le 7 septembre 1927, le juge Loder écrit : Le droit des gens est « pour la plus grande partie un droit non écrit et dépourvu de sanction, il repose sur l'assentiment des nations civilisées, membres de la grande famille des nations, à l'égard des règles, des coutumes et des relations existantes, et qu'elles sont tenues de respecter entre elles, quoique non écrites ou confirmées par des conventions. L'ensemble de ces règles est appelé Droit international »[1].

Cette opinion exprimée par un membre de la plus haute Cour internationale, indique de la façon la plus claire la place prépondérante occupée par le « droit non écrit» autrement dit par le droit coutumier dans l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre Etats.

Un autre membre du même tribunal, le juge Nyholm, exprimant également une opinion dissidente à propos de cette affaire, déclare : « Une législation universelle, émanant de tous les pays et ayant pour but la création ou la codification des lois internationales constituerait une solution... mais elle n'existe pas et l'on ne saurait compter que sur la fixation du droit international par la coutume »[2].

1. Arrêt n° 9, *Publications de la C.P.J.I.*, série A, n° 10, p. 34.
2. Arrêt n° 9, *Publications de la C.P.J.I.*, série A, n° 10, p. 59.

Cette seconde citation met en lumière, après la constatation de l'universalité de la coutume par le juge Loder, celle du rôle qu'elle est appelée à jouer dans la fixation et l'unification du droit des gens.

A l'abri de ces deux opinions éminentes, il n'est pas superflu d'insister sur l'importance considérable du droit international coutumier. On pourrait craindre qu'en abordant une étude de ce droit, on fut tenté, même d'une façon involontaire, de mettre l'accent sur la coutume, au détriment par exemple du droit conventionnel ou du droit naturel. Il n'est pas question de minorer l'importance de ces deux sources du droit, non plus que d'entrer dans les controverses d'école qui surgissent de leur comparaison. Mais l'étude que nous abordons a pour but principal de mettre en lumière le rôle essentiellement pratique joué par la coutume dans les rapports juridiques entre Etats. Elle est l'élément nécessaire de la vie internationale comme l'air est indispensable à la vie organique.

« Le droit international, dit Lord Mansfield, est fondé sur la justice, l'équité, la convenance, et sur la raison, il est confirmé par un long usage »[1]. Cette « confirmation », c'est la coutume, c'est elle qui crée le droit, c'est grâce à elle que la justice et l'équité, trouvées convenables par la raison, reçoivent une sanction internationale.

L'autorité de la coutume est un phénomène propre au droit international, alors que dans l'ordre juridique interne la coutume est caractérisée par une régression constante.

Cela tient tout d'abord à son rôle historique. Les premiers juges qui ont eu à statuer sur des litiges internationaux ont fait application de règles qui étaient avant tout coutumières. Ce furent surtout les tribunaux maritimes, les premières rela-

1. Cité par lord Phillimore, *Commentaries upon international law*, t. 1, p. 20, d'après une consultation donnée par lord Mansfield au sujet de l'emprunt silésien confisqué par le roi de Prusse Frédéric le Grand.

tions d'Etat à Etat s'étant faites principalement par la voie des mers. Le droit maritime est donc presque uniquement d'essence coutumière et il en est de même de la plupart des règles de tout le droit des gens : usages relatifs à la guerre, aux parlementaires et aux agents diplomatiques, aux rapports de voisinage et aux frontières fluviales, etc...

Le rôle historique de la coutume serait même capital suivant M. Cavaglieri car ce serait grâce à elle que « La notion de la société juridique internationale est devenue une réalité, lorsque les rapports entre Etats ont perdu leur nature purement contractuelle pour se fondre dans une unité supérieure, dans une communauté de droit, s'exprimant dans l'acceptation universelle de certaines règles liant entre eux les Etats existants ainsi que leurs rapports avec tout Etat nouveau dont la qualité de membre de la société juridique internationale serait établie »[1].

L'importance de la coutume en droit international tient aussi à la nature propre de ce droit. Les règles en sont pour la plupart en constant développement. Seule la coutume est capable de répondre aux besoins sans cesse renouvelés d'une société aussi peu cohérente que la communauté des Etats. De plus le droit des gens est de nature purement consensuelle, le législateur du droit interne n'a pas ici son équivalent pour créer la loi. Les sujets du droit sont des Etats souverains auxquels il n'est possible d'opposer une règle juridique qu'autant qu'ils l'ont acceptée, et la voie coutumière restera encore longtemps la plus commode pour établir le droit international. En effet, d'une part les principes généraux du droit naturel sont tellement rapprochés de la coutume pure et simple, comme nous aurons à en traiter ultérieurement, qu'il est

1. A. Cavaglieri, *Règles du droit de la paix*, Cours professé à l'Académie de droit de la Haye, *Recueil des cours*, 1929, t. 1, p. 326.

souvent fort difficile de les en séparer, et d'autre part le droit conventionnel écrit est dans l'impossibilité matérielle de tout prévoir.

Les traités sont d'ailleurs des instruments de législation extrêmement délicats et dangereux à manier : leurs rédacteurs sont toujours tentés d'y introduire des innovations, ou même simplement des stipulations trop précises qui ont pour effet de gêner les signataires et d'abréger la durée du traité. Celui-ci disparu, la coutume vient aussitôt combler le vide laissé dans le droit positif, prouvant ainsi sa vitalité et son caractère indispensable.

Cependant, et malgré cette importance incontestée, la source coutumière a semblé subir une éclipse par suite de la vogue grandissante, depuis le XIX^{e} siècle, et surtout dans la période immédiate d'après la guerre de 1914-1918, des conventions tant générales que spéciales.

L'examen de la jurisprudence internationale, permettra donc de faire le point en indiquant la place que tient aujourd'hui la coutume à côté des autres sources du droit international.

Cet examen mettra en lumière en premier lieu les règles du droit coutumier et l'évolution qu'il suit à la fois sous l'empire des nécessités, la pression des gouvernements, et la progression des idées de la doctrine pour aboutir à l'état actuel de l'ordre juridique international.

Il faut noter cependant, comme en ce qui concerne les lois internes, que le juge international n'a pas le pouvoir de créer le droit, autrement dit que la coutume n'est issue de la jurisprudence que d'une façon éloignée et indirecte.

Il ne faut pas pour autant sous-estimer le rôle d'interprétation des règles juridiques attribué aux tribunaux. Si l'on compare ce rôle dans l'ordre international, avec ce qui se passe en droit interne, on doit constater qu'il est plus impor-

tant dans la mesure où le droit à appliquer est moins certain.

D'autre part, on doit reconnaître la faculté souvent laissée aux juges internationaux de statuer « *ex aequo et bono* », en l'absence de dispositions positives du droit.

Ces deux observations font entrevoir tout l'intérêt que présente l'examen détaillé de la jurisprudence internationale, mais elles montrent aussi la difficulté qu'il y a à dépister la base juridique de décisions dont les motifs légaux sont le plus souvent incomplètement indiqués.

Cependant de nombreux tribunaux modernes, surtout ceux qui ont été créés depuis la guerre de 1914-1918 se sont vu tracer un programme très précis tendant à l'application d'un droit positif déterminé. C'est ainsi que les tribunaux arbitraux mixtes étaient limités quant aux droit à appliquer, aux textes des traités qui les instituaient.

L'étude de la jurisprudence est aussi intéressante à un second point de vue. Elle permet de reconnaître la façon dont les juges internationaux recherchent l'existence d'une règle coutumière et en font l'application.

L'ensemble des efforts faits par les tribunaux internationaux permet de dégager une méthode générale dont l'exposé constitue le principal objet de ce travail.

Nous chercherons donc à extraire de leurs décisions, non pas les règles elles-mêmes du droit international coutumier, mais, si elle existe, la théorie générale de la coutume, et cela uniquement d'après les éléments apportés par la jurisprudence ; c'est dire que certaines parties de cette théorie, qui entreraient dans une étude générale, seront laissées de côté si elles n'ont pas été abordées par les juges internationaux.

En d'autres termes, nous nous proposons d'examiner la contribution de la jurisprudence internationale à la théorie générale de la coutume.

Avant d'aborder cette étude, il n'est pas inutile de donner dès à présent un aperçu des définitions que les juges internationaux ont données du droit non écrit ; certaines sont devenues classiques.

« Les règles de droit — déclare la Cour Permanente de Justice Internationale dans son arrêt rendu à propos de l'affaire du Lotus — liant les Etats, procèdent... de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des *usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit* »[1].

Le juge Negulesco, dans son avis dissident exposé à propos de l'avis de la C.P.J.I. relatif à la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla déclare que l'existence de la coutume internationale requiert des « faits répétés depuis un temps immémorial » et « une conscience juridique commune »[2].

Dans sa décision rendue le 28 janvier 1931 dans l'affaire de la souveraineté de l'île de Clipperton que revendiquaient à la fois la France et le Mexique, l'arbitre Victor-Emmanuel III déclare rendre sa sentence conformément à « un usage immémorial ayant force de loi juridique »[3].

Il ne faut pas oublier enfin la définition la plus importante peut-être en cette matière, celle de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale qui tend à devenir aujourd'hui la charte de tous les tribunaux internationaux : « La Cour applique... 2° La coutume comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit »[4].

1. Op. *cit.*, p. 18.
2. Avis n° 14, *Publications de la C.P.J.I.*, série B, p. 104.
3. *Revue générale de Droit international*, 1932, p. 129.
4. Voir également : I. La définition donnée par M. Politis dans son discours pour la Roumanie, à propos de la même affaire, *id.* série C, p. 211 ; II. L'affaire des colons allemands en Pologne, discours de sir E. Pollock, avis n° 6, *id.*, série C p. 718 ; III. L'affaire du Lotus, consultation du professeur Mercier produite à l'appui du contre-mémoire turc, arrêt n° 9, *id.*, série C, p. 401 et les auteurs rapportés par le mémoire turc, p. 226 et suiv.
Pour la doctrine voir Séfériadès, *Cours à l'Académie de droit de La Haye*, t. 3, p. 209 et de Lapradelle, *Cours de doctorat*, 1932-33, 18e leçon, p. 1.

Dans des termes différents ces formules énoncent toutes une même conception juridique de la coutume. Celle-ci apparaît comme étant constituée par des éléments fondamentaux qui sont très clairement relevés par le juge Nyholm dans son avis dissident publié à la suite de l'arrêt du Lotus : « Pour qu'une coutume internationale soit établie, il faut qu'il y ait des actes des Etats accomplis dans le domaine des relations internationales..., ensuite, la base de la coutume doit être une volonté commune à plusieurs, même à de nombreux Etats, constituant une unité de volontés ou un accord général de l'opinion dans les pays de civilisation européenne, ou la manifestation de la conscience juridique internationale qui s'opère par des faits répétés continuellement avec la conscience de leur nécessité »[1].

L'élément de fait et l'élément de droit qui sont ainsi mis en lumière feront l'objet de deux importants chapitres de la seconde partie de ce travail, qui aura pour titre « Théorie Générale de la Coutume ».

Dans la première partie nous allons déterminer la place occupée par la coutume à côté des autres sources du droit dans la jurisprudence internationale et enfin dans la troisième et dernière partie nous en viendrons aux cas concrets de la force obligatoire de la coutume et des moyens d'en faire la preuve.

1. *Publications de la C.P.J.I.*, arrêt n° 9, série A, n° 10, p. 59 .

PREMIÈRE PARTIE

Place de la coutume

dans la jurisprudence internationale

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

Avant d'examiner la place de la coutume par rapport aux autres sources du droit dans la jurisprudence moderne, nous allons retracer brièvement, en guise d'introduction à cette étude, l'historique de son rôle pendant la période où, au Moyen âge, le droit actuellement en vigueur a été formé.

Nous verrons en résumant le rôle qu'elle a joué auprès des tribunaux maritimes et des arbitres, que les juges chargés de résoudre un conflit international ont vu leur tâche délimitée avec une précision grandissante chaque donnée révélant cependant des caractères propres : jurisprudence codifiée formant coutume pour les tribunaux de prises, part souvent très large laissée à l'équité pour les juges arbitraux.

Dans l'étude consacrée aux documents contemporains nous verrons que le problème des sources du droit se résume le plus souvent en une question de terminologie et que les progrès de celle-ci ont accompagné le progrès du droit lui-même avec le couronnement de la tâche jurisprudentielle par l'élaboration du statut de la Cour de Justice Internationale et les décisions de celle-ci.

Section I

La coutume dans la jurisprudence des tribunaux du Moyen-Age.

Un des monuments les plus importants du droit maritime au Moyen-Age, est de nature essentiellement jurisprudentielle. C'est un recueil de jugements connu sous le nom de « Rôles d'Oléron ».

Les règles contenues dans ce document, composé vers le XI^e siècle par un légiste de l'île d'Oléron, ont été en vigueur sur les côtes européennes de l'Atlantique, de la Manche, de la Mer du Nord et de la Mer Baltique. Ce sont elles qui, traduites en allemand et augmentées de certains usages locaux, ont formé le fond du droit maritime de Wisby, ville située dans l'île suédoise de Gothaland.

Parallèlement, un recueil des coutumes en usage dans les ports de la Méditerrannée occidentale nous est parvenu sous le nom de « Consulat de la Mer ». Suivant Pardessus[1], ce document doit être considéré comme un résumé des usages et des coutumes ayant force de loi dans les différentès villes riveraines de la Méditerranée pendant le Moyen-Age. Ce recueil serait donc une traduction en langue vulgaire d'un grand corps de jurisprudence maritime existant dans les villes maritimes de la langue d'oc telles que Barcelone, Marseille et Valence sous le nom de « Statuts » ou de « Coutumes ».

Ces collections écrites contenaient un grand nombre d'ordonnances locales renfermant, écrit Wheaton[2], des règlements d'institutions positives et plusieurs règles et principes généraux que le temps avait graduellement consacrés dans la pratique

1. *Collection des lois maritimes antérieures au* XVIII^e *siècle*, t. 2, chap. 12.
2. *Histoire des progrès du Droit des gens*, t. 1, p. 69 et suiv.

du commerce de la Méditerranée. Ces statuts étaient pour la plupart écrits en latin, langue qui était encore familière aux jurisconsultes et autres savants, mais qui était déjà devenue une langue morte pour la classe des négociants et des navigateurs. Ceux-ci étaient par conséquent vivement intéressés à posséder un manuel concis de la jurisprudence maritime tel que le Consulat de la Mer, écrit en langue romane et dans le style le plus simple.

Ces qualités eurent bientôt assuré à cette collection une grande renommée, pendant que la sagesse et l'équité de ses principes la faisaient adopter par tous les Etats maritimes des côtes de la Méditerranée comme supplément à leurs propres lois et coutumes.

Le Consulat de la Mer renferme à la fois les règles élémentaires applicables à la décision des litiges relatifs au commerce et à la navigation en temps de paix, et les principes du droit des neutres et des Etats belligérants en temps de guerre.

Ces deux exemples montrent donc la place que la coutume occupait dans la jurisprudence des tribunaux maritimes du Moyen-Age. On a pu constater que cette situation était prééminente étant donné qu'elle était la source presque exclusive du droit régissant cette matière.

L'autorité de la source coutumière s'est d'ailleurs affirmée jusque dans l'Ordonnance de Colbert sur la Marine, promulguée par Louis XIV au mois d'août 1681.

Rédigée dans l'intervalle entre la Paix de Nimègue en 1678 et la guerre entreprise par Louis XIV en 1689 pour rétablir Jacques II sur le trône d'Angleterre, cette ordonnance est dans sa plus grande partie une codification des principes et règles du droit concernant les prises qui avaient été graduellement formés par les anciens usages et des arrêts de jurisprudence.

Elle peut être considérée comme l'œuvre législative la plus considérable de l'ancien régime. Elle reçut à l'étranger un accueil enthousiaste, et inspira la plupart des législations similaires.

« Pour trancher le litige qui leur était soumis, écrit M. Novacovitch [1], les arbitres avaient au Moyen-Age, une liberté d'action qui était presque toujours entière. Ils auront le pouvoir de recevoir les demandes, plaintes et prétentions des deux parties, et de terminer ces affaires et tout ce qui en dépend, de la manière qu'ils le trouveront le plus utile et convenable », dit-on en 1441, dans le compromis entre les pays de Hollande, Zélande, Frise et les six villes Vendiques [2].

Les compromis limitant les arbitres quant au droit à appliquer ou les règles à observer étaient extrêmement rares. Les conditions politiques elles-même favorisaient le développement de la pratique de l'arbitrage. « L'Empereur et le Pape, écrit A. Raestad [3], assumaient dans maintes occasions, en raison de l'autorité même dont ils étaient revêtus, la mission de conciliateurs ou de juges arbitraux », et l'on s'en rapportait le plus souvent à leur justice sans limiter leur pouvoir d'appréciation.

Très souvent une clause d'arbitrage était stipulée dans les traités d'alliance entre différentes communes. La plupart, écrit encore Raestad, dépendant par des rapports plus ou moins nombreux d'un pouvoir laïc ou ecclésiastique étranger,

1. M. Novacovitch, *Les compromis et arbitrages internationaux du* XII *au* XV[e] *siècle*. Voir encore sur l'historique des arbitrages, Pitman B. Potter, « *Cours à l'Académie de Droit de La Haye*, 1938, t. 2, p. 130 et suiv. ».

2. Dumont, *Corps universel diplomatique*, t. 3, part. I, p. 100.

3. A. Raestad, *Les traités d'arbitrage*, « *Revue de Droit international* », 1927, p. 373 et suiv.

Voir aussi sur ce sujet M. de Taube cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye sur les origines de l'arbitrage, 1932, t. 4, p. 900 et suiv. Et, spécialement en ce qui concerne le rôle des papes, M. Zimmermann, *La crise de l'organisation internationale à la fin du Moyen-Age*, cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye, t. 2, p. 376 et suiv..

n'y voyaient pas une atteinte à leur prestige. Même lorsque la commune était souveraine, elle n'avait pas idée de refuser l'arbitrage, car l'idée de souveraineté était étrangère à ces temps.

Il se présentait cependant des cas où la mission des arbitres était étroitement définie. Ainsi, en 1319, le Duc de Brabant et le Comte de Hollande insistaient pour que le Comte de Juilliers statuat rigoureusement d'après les règles du droit : « *Et partibus hinc inde in dicto negotio per nos ut arbitrium solum de jure diffinire et pronuntiare cum instantia petentibus et omnino volentibus...* »[1]. Il s'agissait de la possession du domaine de Hoesden, l'arbitre dit expressément dans la sentence qu'il a statué « *de jure* » bien qu'il eut préféré faire une amiable composition et il donne gain de cause du Duc de Brabant.

Le rapide examen que nous venons de faire nous a permis de constater que d'une part les tribunaux maritimes étaient guidés dans leurs décisions par des règles à base presque exclusivement coutumière et que d'autre part les juges arbitraux

1. Dumont, *Corps universel diplomatique*, t. 1, partie 2, p. 47.

Nota. — Dans son cours professé à l'Académie de Droit de La Haye, sur les origines de l'arbitrage, le baron Taube a recherché quel droit pouvait être appliqué par l'arbitre médiéval pour le règlement du litige qui lui était soumis.

Si l'arbitre a reçu le pouvoir d'aplanir le conflit *secundum quod ei videbitur*, on ne peut évidemment lui demander de préciser les règles sur lesquelles il appuie sa décision. Mais s'il s'agit en qualité d'arbitre *secundum leges et jura*, voici le droit qu'il lui faut respecter suivant naturellement la nature juridique du cas soumis à l'arbitrage : 1° Le droit national, public et privé, des parties en litige, c'est-à-dire leurs lois et leur droit coutumier.

2° Le droit général ou le droit commun de toute l'Europe civilisée, c'est-à-dire le droit romain, qui revient subsidiairement à la surface de la vie juridique des peuples de civilisation latino-germanique dans la mesure où ne sont pas appliquables les lois et coutumes locales et le droit canon, jusqu'à l'époque de la Réforme ;

3° Enfin le droit des gens proprement dit, qu'on commence à interpréter dans le sens de ce que l'on entend aujourd'hui par droit international.

A côté de ce *jus gentium*, c'est-à-dire des principes généraux du droit des gens, il y a naturellement le droit positif des traités et l'usage international en tant que son existence peut être prouvée. Cette preuve ne souffre souvent aucune difficulté quand il est codifié dans des textes comme les Rôles d'Oléron ou le Consulat de la Mer.

avaient le pouvoir de juger la plupart des différends en équité.

Cette dernière tendance s'explique en grande partie, comme l'a d'ailleurs fait remarquer Raestad, par l'organisation politique de la chrétienté au Moyen-Age et par la survivance de cet état de choses. En effet, les litiges auxquels on peut se reporter à cette époque n'ont pas le caractère proprement international qu'ils revêtiront plus tard lorsque le concept de souveraineté se sera imposé dans le droit des gens. Cette remarque est confirmée par K. Strupp[1] qui indique que les arbitrages, si nombreux avant le XVe siècle, ont presque complètement disparu de la vie internationale après cette époque.

Nous allons voir, d'ailleurs, en abordant l'étude de la période moderne que les nations qui se sont créées sont devenues beaucoup plus circonspectes, et, en voulant interdire tout empiètement sur le domaine réservé à leur souveraineté, ont fixé par des formules de plus en plus précises la tâche des juges aux mains desquels elles consentaient à abandonner la décision d'un conflit.

Section II

La coutume dans la jurisprudence internationale avant 1899

La terminologie employée pour désigner le droit applicable est restée pendant longtemps très imprécise. Les compromis d'arbitrage renvoyaient fréquemment les juges au droit des gens considéré dans son ensemble, leur accordant par surcroît,

1. K. Strupp, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité, Cours* professé à l'Académie de Droit international de La Haye, 1930, t. 3, p. 365.

d'une façon plus ou moins explicite la faculté de juger en équité[1].

Une convention conclue le 9 mars 1839 entre la France et le Mexique, le jour même de la signature d'un traité de paix entre ces deux pays, décide dans son article 2 de soumettre à un arbitrage « La question de savoir si les navires mexicains et leurs cargaisons, séquestrés pendant le cours du blocus et postérieurement capturés par les Français, à la suite de la déclaration de guerre, doivent être considérés comme *légalement* acquis aux capteurs ». Et la sentence rendue le 1er août 1844 par la Reine Victoria porte simplement : « Ayant attentivement et impartialement examiné les points qui nous ont été soumis ; ayant mûrement pesé tout ce qui s'est passé entre les parties depuis le 16 avril 1838 jusqu'à la conclusion du traité du 9 mars 1839, déclarons... »[2]. La seule allusion contenue dans ce texte à un droit à appliquer réside dans le mot « Légalement ».

Il en est de même dans les affaires des navires Veloz-Mariana, Victoria et Vigie. Le compromis fut conclu le 15 février 1851 entre l'Espagne et la France à propos de l'exécution du traité du 5 janvier 1824. Par ce traité les parties avaient décidé de considérer comme équivalentes les prises faites avant le 1er octobre 1823, de les évaluer, et de considérer comme nulles les prises postérieures à cette date. Le compromis déclare simplement que l'arbitre devra résoudre « les questions de principe suivantes »[3].

De même dans l'affaire du Général Armstrong, le traité du 26 février 1851 entre les Etats-Unis et le Portugal se borne à décider que : « *Art.* 2... La réclamation présentée par le gou-

1. Kosters, *Fondements du droit des gens*, p. 147, et suiv.
2. H. La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, p. 20.
3. *Id.*, p. 26 et Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 612.

vernement américain pour le compte du capitaine, des officiers et des matelots dudit corsaire, soit soumise à l'arbitrage d'un souverain, potentat ou chef d'une nation amie des deux Hautes Parties Contractantes ».

« *Art.* 3...— Aussitôt que le souverain, potentat ou chef d'une nation amie, choisi par les deux Hautes Parties Contractantes, aura accepté d'agir comme arbitre dans la susdite affaire du Général Armstrong, copie de toute la correspondance échangée par les deux gouvernements et par leurs représentants respectifs, seront soumises à l'arbitre, à la décision duquel les deux Hautes Parties Contractantes, s'engagent elles-mêmes à se conformer »[1].

Mais ces compromis peu soucieux de la question de droit ne sont que l'exception, et les textes auxquels nous allons nous référer maintenant sont beaucoup plus précis.

Le 19 novembre 1794 par exemple, l'article 7 du premier traité Jay, signé entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne après la première guerre anglo-américaine, donnait à la commission mixte chargée de liquider les différends nés de la guerre, le pouvoir de régler lesdites contestations « d'après la justice, l'équité et les lois des nations »[2].

Une autre expression souvent employée déclare que les commissaires et les arbitres devront décider « to the best of their judgment and according to public law, justice and equity », au mieux de leur jugement et suivant le droit public, la justice et l'équité[3].

1. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 639. — Voir encore arbitrage relatif à l'île de Bulama entre la Grande-Bretagne et le Portugal, La Fontaine, *op. cit.*, p. 81.

2. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 28. — Voir encore Etats-Unis /Mexique, traité du 11 avril 1839, art. 4, Lapradelle et Politis, t. 1, p. 448 ; Etats-Unis / Espagne, compromis du 11 août 1802, art. 2, La Fontaine, p. 6 ; Espagne /Etats-Unis, traité du 27 octobre 1795, art. 22, La Fontaine, p. 79.

3. Etats-Unis /Mexique, convention du 4 juillet 1868, art. 1er, La Fontaine, p. 71 ; Etats-Unis /France, Convention 15 janvier 1880, art. 4, La Fontaine, p. 227.

On trouve encore les expressions suivantes : « according to the principles of justice and equity, the principles of international law and treaty stipulations », suivant les principes de la justice et de l'équité, les principes de droit international et les stipulations des traités [1].

« According to public law and the treaties in force between the two nations », suivant le droit public et les traités en vigueur entre les deux nations [2].

« According to the law of nations » suivant la loi des nations [3].

« Generally admitted principles of international law », les principes généralement admis de droit international [4].

Ou encore, les arbitres seront guidés « by the General Rules and practice according to the law of nations », par les règles générales et la pratique résultant de la loi des nations [5].

Enfin « conformément au droit public, à la justice et l'équité, sans craintes, faveur ni affection » [6].

Toujours en ce qui concerne les commissions mixtes et les tribunaux arbitraux, voici quelques exemples de terminologie tirés des décisions elles-mêmes.

Certaines sentences déclarent se baser sur « le droit des gens » [7].

1. Etats-Unis /Pérou, convention du 12 janvier 1863, art. 3, La Fontaine, *op. cit.*, p. 43.
2. Esgagne /Etats-Unis, accord du 12 février 1871, art. 2, La Fontaine, *op. cit.*, p. 134 ; Colombie /Etats-Unis, compromis du 17 août 1874, art. 2, La Fontaine, *op. cit.*, p. 209.
3. Espagne /Etats-Unis, compromis du 11 août 1802. Ce compromis a été par la suite remplacé par un autre.
4. Grande-Bretagne / Mexique, compromis du 26 juin 1886, La Fontaine, *op. cit.*, p. 68.
5. Argentine /Grande-Bretagne, convention du 19 juillet 1830, art. 5, La Fontaine, *op. cit.*, p. 92.
6. Etats-Unis /France compromis du 15 janvier 1880, art. 4, La Fontaine, *op. cit.*, p. 227.
7. Dans les commissions du traité Jay de 1794. V. aussi Espagne /France, affaires des navires Veloz-Mariana, Victoria et Vigie, sentence du 13 avril 1852, Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t: 1, p. 619.

sur « the antecedents in the matter »[1] ;

sur « the rules of international law and precedents applicable to the case under consideration » sur les règles de droit internatiinal et les précédents applicables à l'espèce[2] ;

ou bien, comme dans les affaires du Créole ou du Lawrence, l'arbitre déclare une règle contraire à la loi des nations comme étant prohibée par toutes les nations civilisées[3].

Sont invoqués également « la politique et l'usage des nations » « l'usage et la pratique des nations »[4] ou encore simplement « le droit international »[5], « les prescriptions générales du droit des gens »[6], « les principes du droit... et les règles universellement admises »[7].

Kosters, dans son ouvrage sur les *Fondements du droit des gens*, constate même qu'il n'est pas rare pendant cette période de voir le droit naturel « accolé au droit des gens positif. Dans les commissions du traité Jay de 1794, on voit les arbitres juger que telle règle est inconciliable avec les principes de la justice naturelle aussi bien qu'avec le droit des gens », ou bien « non seulement conforme aux premiers principes de la raison et de la justice, à la nature et aux relations naturelles

1. Argentine /Grande-Gretagne, sentence 1er août 1870, La Fontaine, *op. cit.*, p. 61.
2. Colombie /Grande-Bretagne décision du 5 novembre 1875, La Fontaine, *op. cit.*, p. 175, 2e col.
3. Etats-Unis /Grande-Bretagne, sentence 15 janvier 1855, Lapradelle et Politis, t.1, p. 704 et 740.
4. Affaire du Betsey, Etats-Unis- /Grande-Bretagne, 24 février 1804, opinion de M. Trumpell, Lapradelle et Politis, t. 1, p. 83 ; affaire du Jamaïca, opinion de M. Gore, *id.*, p. 184 ; affaire Laurent, Etats-Unis /Grande-Bretagne, 15 janvier 1855, opinion du commissaire britannique, t. 1, p. 673.
5. Affaire Laurent pricitée, *id.*, p. 674 ; Grande-Bretagne /Mexique, convention du 26 juin 1866, art. 2, La Fontaine, p. 68 ; Allemagne /Grande-Bretagne, sentence du 17 août 1889, La Fontaine, p. 337.
6. Affaire du Macedonian Chili /Etats-Unis, 15 mai 1863, Lapradelle et Politis, t. 2, p. 204 ; affaire du Maria Luz, Japon /Pérou, arbitrage d'Alexandre II de Russie, du 17 mai 1875, La Fontaine, p. 198 ; sentence du 19 novembre 1897, Etats-Unis /Mexique, La Fontaine, p. 562.
7. Sentence du 29 mars 1900, Etats-Unis /Grande-Bretagne /Portugal, La Fontaine, p. 399 et 402.

des hommes, mais aussi sanctionnée par la pratique de toutes les nations civilisées modernes »[1].

Toutefois, on voit peu à peu dans cette imprécision se faire jour une tendance nouvelle. La fixation et la consolidation croissantes des règles internationales conduisent les Etats en litige à se cantonner dans le domaine du droit et à limiter de plus en plus les pouvoirs du juge de statuer en équité.

Certains compromis déclarent alors que les arbitres sont soumis aux règles de droit mêlées à la pratique et à la jurisprudence établie par les tribunaux récents analogues ayant le plus d'autorité et de prestige[2] ou bien aux « principes généraux du droit et aux règles de justice qui, sur ce point particulier, sont sanctionnés par le droit des gens »[3].

Mais surtout, la formule qui tend à se généraliser devient l'application des « principes de droit international »[4], isolés, ou « l'application des principes de droit international en vigueur chez les nations civilisées »[5], ou encore, comme dans l'affaire

1. Kosters, *Les fondements du droit des gens*, p. 93. L'auteur cite en particulier le traité de 1785, entre les Etats-Unis et la Prusse, art. 24 de Martens, *Recueil des principaux traités*, II, p. 578, n ; 577

2. Compromis du 2 nov. 1882, Chili /France, art. 6, La Fontaine, p. 233 ; Chili /Italie, compromis du 7 déc. 1882, art. 6, *id.*, p. 237 ; Chili /Grande-Bretagne, compromis du 26 sept. 1893, *id.*, p. 452 ; Chili /France, compromis du 19 oct. 1894, *id.*, p. 480 / ; Grande-Bretagne/Nicaragua, compromis du 1er nov. 1895, art. 4, *id.*, p. 517.

3. Honduras /Salvador, compromis du 19 janvier 1895, art. 4 et Honduras / Guatemala, compromis du 1er mars 1895 , art. 6, al. 1er, *id.*, p. 505 et 507.

4. Affaire de l'Eliza, Etats-Unis /Pérou, sentence du 27 nov. 1863, Lapradelle et Politis, t. 2, p. 276 ; Argentine /Paraguay, traité du 3 février 1876, art. 3, La Fontaine, p. 223 ; Argentine /Chili, projet de traité du 18 janv. 1878, art. 4, *id.*, p. 540 ; Chili /France, convention du 2 nov. 1882, art. 6, *id.*, p. 234 ; Chili / Italie, compromis du 7 déc. 1882, art. 6, *id.*, p. 237 ; Chili /Pérou, traité du 20 oct. 1883, art. 6, *id.*, p. 593 ; Etats-Unis /Haïti, affaire Pelletier, compromis du 28 mai 1884, *id.*, p. 245 ; Allemagne /Grande-Bretagne, sentence du 17 août 1889, *id.*, p. 337, 1re col. ; Danemark /Etats-Unis, sentence du 22 janv. 1890, *id.*, p. 330 ; Chili /Grande-Bretagne, compromis du 26 sept. 1893, art. 5, *id.*, p. 452 ; Chili /France, compromis du 19 oct. 1894, art. 5, *id.*, p. 481 ; Grande-Bretagne /Venezuela, compromis du 2 févr. 1897, art. 4, *id.*, p. 555 ; Italie /Pérou, accord du 25 nov. 1899, art. 2, *id.*, p. 614.

5. Pays-Bas /Saint-Domingue, affaire du Havana Packet, compromis du 26 mars 1881, art. 4, La Fontaine, p. 240.

du Costa Rica Packet, « les principes du droit des gens »[1].

On rencontre également les formules « the general law of nations », la loi générale des nations[2], ou « les prescriptions générales du droit des gens »[3].

Cette tendance est confirmée par l'article 18 du projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale adoptée par l'Institut de Droit International le 28 août 1875, qui déclare que « le tribunal juge selon les principes du droit international, à moins que le compromis ne lui impose des règles différentes, ou ne remette la décision à la libre appréciation des arbitres »[4].

Et enfin, parmi les traités consacrés spécialement à l'arbitrage, nous citerons l'article 8 du traité italo-argentin du 23 juillet 1898, conclu à la veille de l'ouverture de la première conférence de la paix, qui déclare que « la Cour d'arbitrage décide selon les principes du droit des gens, à supposer que le compromis ne prévoie pas l'application de normes spéciales ou n'autorise les arbitres à décider comme des médiateurs »[5].

Cependant, ce manque de précision ne doit pas faire illusion sur la nature du droit appliqué à la solution des litiges internationaux par les tribunaux dont il vient d'être question[6].

En effet, chaque fois qu'il y a place pour l'application d'une convention, les parties en désunion ne manquent pas d'attirer

1. Affaire du Macedonian, Chili /Etats-Unis, sentence du 15 mai 1863, La Fontaine, p. 36 et Lapradelle et Politis, t. 2, p. 182 ; Grande-Bretagne /Pays-Bas, compromis du 16 mai 1895, art. 6, La Fontaine, p. 510.

2. Affaire du Général Armstrong, Etats-Unis /Portugal, sentence du 30 nov. 1852, Lapradelle et Politis, t. 1, p. 647 ; Colombie /Grande-Bretagne, sentence du 5 nov. 1875, La Fontaine, p. 173 et suiv. ; Affaire Pelletier, Etats-Unis /Haïti, sentence du 13 juin 1885, *id.*, p. 245 et suiv. ; Affaire Van Bokkelen, Etats-Unis / Haïti, sentence du 4 déc. 1888, *id.*, p. 301 et suiv. ; Chili /Grande-Bretagne, décision du 12 déc. 1895, *id.*, p. 457.

3. Affaire du navire Maria Luz, Japon /Pérou, sentence du 29-17 mai 1875, La Fontaine, p. 199.

4. A. de Lapradelle, *La Justice internationale*, p. 259, « *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1875, t. 7, p. 424.

5. Meurer, *Das Friedensrecht der Haager Konferenz*, 1905, p. 65-77.

6. Kosters, *Les fondements du Droit des gens*, p. 93 ; Weaton, *Histoire des progrès du Droit des gens*, ; Garner, cours professé à l'Académie de Droit de La Haye, t. 35, p. 629.

l'attention de l'arbitre sur le texte en vigueur et elles sont plutôt enclines à limiter son pouvoir d'appréciation qu'à lui accorder des pouvoirs trop étendus.

Chaque fois donc qu'un compromis reste dans le vague au sujet du droit applicable, c'est qu'il s'en remet d'une façon plus ou moins délibérée à la coutume internationale.

Les sentences qui font pendant à ces compromis en font foi, et cela est établi par la constatation suivante : en examinant les questions auxquelles les arbitres ont eu à répondre dans le cours du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, on est amené à constater que la plupart des litiges touchaient à des problèmes considérés comme régis par des règles certaines et obligatoires opposables à tous les Etats[1].

Telles les sentences rendues :

En matière d'acquisition de souveraineté (affaires de l'île d'Aves[2], de l'île de Bulama[3], de la baie du Delagoa[4], etc...)

En matière maritime : Chili/Etats-Unis, 15 mai 1865[5] ; Danemark/Etats-Unis, 22 janvier 1890[6] ; Grande-Bretagne/Pays-Bas, 13-25 février 1897[7].

En matière de neutralité : Etats-Unis/Portugal, 30 novembre 1852[8].

1. Dans son cours professé à l'Académie de Droit International de La Haye, en 1930 (*Publications des cours*, 1930, t. 3, p. 386), Strupp développe l'idée que, quoique tous les Etats n'aient pas, dans la dernière partie du XIX^e siècle, renvoyé au droit des gens comme source principale des sentences arbitrales, du moins pouvons-nous constater que le droit des gens gagne de plus en plus de terrain.
Cette constatation est corroborée par l'état de la science du droit des gens à la fin du XIX^e siècle. Assez souvent, il est vrai, les opinions des publicistes surtout s'ils n'appartiennent pas à l'école positiviste, ne sont que de simples vœux ; néanmoins elles reflètent, étant donné les rapports plus ou moins intimes de leurs auteurs avec les gouvernements, les opinions de ces derniers sur lesquels elles influent d'ailleurs, assez fréquemment.
2. Pays-Bas /Venezuela, 30 juin 1865, Lapradelle et Politis, t. 2, p. 404 et suiv.
3. Grande-Bretagne /Portugal, 21 avril 1870, *id.*, t. 2, p. 611.
4. Grande-Bretagne /Portugal, 25 septembre 1872, La Fontaine, p. 170.
5. Lapradelle et Politis, t. 2, p. 182.
6. La Fontaine, p. 329.
7. La Fontaine, p. 511 ; Lapradelle et Politis, t. 1, p. 598.
8. Lapradelle et Politis, t. 1, p. 635.

En matière de réclamations en faveur de nationaux d'un Etat en litige : Grande-Bretagne/Mexique, 26 juin 1866[1] ; Chili/Grande-Bretagne, 26 septembre 1893[2] ; Espagne/France, affaires des navires Veloz-Mariana, Victoria et Vigie, 13 avril 1852[3] ; Etats-Unis/Grande-Bretagne, 15 janvier 1855[4] ; Chili/Etats-Unis, affaire du Macedonian, 15 mai 1863[5] ; Etats-Unis/Pérou, 27 novembre 1863[6] ; Etats-Unis/Mexique, 2 mars 1897[7].

Section III

La coutume dans la jurisprudence internationale de 1899 à 1920.

La Cour Permanente d'Arbitrage qui fut créée en 1899 à la première Conférence de La Haye, réunie sur l'initiative du Tzar Nicolas II, n'a pas rompu avec cette tradition.

Nous avons vu l'effort fait à la fin du XIX^e^ siècle pour établir l'institution de l'arbitrage sur la base du respect du droit. Cette époque a éliminé de l'arbitrage la notion de l'équité (sauf naturellement dans les cas où l'arbitre a reçu des parties le pouvoir de juger en équité). Mais elle n'a pas encore fait de distinction parmi les différentes sources du droit, car il était réservé à l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale de faire entrer officiellement cette division dans le droit des gens en 1920.

Au début du XX^e^ siècle, cette tendance sera consacrée par

1. La Fontaine, p. 68.
2. La Fontaine, p. 457.
3. Lapradelle et Politis, t. 1, p. 598.
4. Lapradelle et Politis, t. 1, p. 661.
5. Lapradelle et Politis, t. 2, p. 182.
6. Lapradelle et Politis, t. 2, p. 249.
7. La Fontaine, p. 562.

les deux conférences de la paix et normalement admise par les tribunaux internationaux.

On aurait même pu croire que l'effort tendant à la codification du droit existant et à la réglementation qui caractérise cette époque eût dû faire introduire en cette matière une plus grande précision.

Cependant, la convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux signée à la seconde Conférence de La Haye en 1907 n'indique que très sommairement (dans son article 37, alinéa 1er ; sous le chapitre Ier du Titre IV, intitulé *De la justice arbitrale*) que « l'arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit ».

On peut relever également les dispositions du l'article 73 de la même convention qui porte que « le tribunal est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres traités qui peuvent être invoqués dans la matière, et en appliquant les principes du droit ».

Le problème des sources du droit international a été cependant abordé plus directement par la Convention XII, signée le même jour. Ce texte est relatif à l'établissement d'une Cour Internationale des Prises ; les deux premiers alinéas de l'article 7 en sont ainsi conçus : « Si la question de droit à résoudre est prévue par une convention en vigueur entre le belligérant capteur et la puissance qui est elle-même partie au litige ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite Convention ».

« A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international, Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité ».

Ce texte contraste d'une manière évidente avec les citations

précédentes et, par la précision des formules et la propriété des termes, il marque un progrès très net sur la terminologie antérieure.

Il est regrettable que ces dispositions n'aient jamais été appliquées par suite de l'échec en 1909 de la Conférence de Londres, qui avait pour but de fixer les « règles de droit » auxquelles il est fait allusion dans l'article 7 que nous venons de reproduire[1]. Elles conservent cependant une grande valeur de principe, par suite de l'absence de dispositions semblables pour le règlement des arbitrages.

Voyons maintenant quelle a été la place reconnue à la coutume dans les arbitrages rendus antérieurement à 1920, date de l'apparition de la Cour permanente de justice internationale.

A. — Suivant la tradition des arbitrages du XIX^e^ siècle, nous constatons dans les sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage une imprécision de terminologie encore très grande.

C'est ainsi que dans le premier litige que la Cour ait eu à trancher au sujet des Fonds pieux de Californie entre les Etats-Unis et le Mexique, le compromis déclare simplement que les arbitres, sauf stipulations contraires, s'inspireront de la convention internationale pour le règlement des conflits internationaux, et la sentence, en date du 14 octobre 1902, « que le conflit ne saurait être réglé que sur la base des traités internationaux et des principes du droit international » (par opposition au droit interne)[2].

Dans l'affaire du droit de préférence réclamé par les puissances bloquantes au Vénézuela, compromis et sentence ne

1. A. Raestad, *Les traités d'arbitrage*, *Revue de Droit international*, 1927, p. 386.
2. J.B. Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, p. 3.

mentionnent que « les principes du droit international et les notions de la justice »[1].

De même, dans l'affaire des Boutres de Mascate, entre la France et la Grande-Bretagne, la sentence en date du 8 août 1905, déclare que « la situation légale de navires portant des pavillons étrangers et des propriétaires de ces navires dans les eaux territoriales d'un Etat oriental est déterminée par les principes généraux de juridiction, par les capitulations ou autres traités et par la pratique qui en est résultée »[2].

Dans l'affaire des Grisbadarna entre la Norvège et la Suède, dont la sentence date du 23 octobre 1909[3], et dans l'affaire de l'arrestation de Savarkar entre la France et la Grande-Bretagne du 24 février 1911[4], on ne trouve dans le compromis et dans la sentence que les formules suivantes « principes du droit international » et « principes du droit des gens ».

Dans la sentence rendue le 7 septembre 1910 à propos de l'affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, la Cour Permenente d'Arbitrage parle, pour interpréter le traité de 1818 relatif à la mensuration des trois milles marins depuis les côtes, baies, criques ou havres, de « principe de droit international » et « d'usage établi ». Mais à propos de la même affaire, on trouve des termes plus précis dans l'avis dissident formulé par l'arbitre Drago qui se rappelle de « coutume » et d' « usage continu et séculaire »[5].

Telle encore la sentence rendue dans l'affaire de l'indemnité de guerre, le 11 novembre 1912, entre la Russie et la Turquie, qui établit une similitude entre la situation d'un Etat et celle d'un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle,

1. *Id.*, p. 61, sentence du 22 février 1904.
2. *Id.*, p. 104.
3. *Id.*, p. 139.
4. *Id.*, p. 294.
5. *Id.*, p. 192 et suiv.

liquide et exigible « d'après les principes généraux et la coutume en droit international public »[1].

Dans les sentences rendues à propos des affaires des navires postaux français Carthage et Manouba entre la France et l'Italie, le 6 mai 1913, il est question du « droit commun international » et des « principes universellement admis » de droit maritime[2].

Dans l'affaire des réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français saisis par le gouvernement portugais à la suite de la proclamation de la République, le compromis stipule que le tribunal jugera « d'après le droit conventionnel éventuellement applicable et, à défaut, d'après les dispositions et les principes généraux du droit et de l'équité »[3]. Ce texte est cependant beaucoup moins imprécis que les précédents, puisqu'il semble établir une gradation entre le droit conventionnel d'une part et les principes généraux d'autre part.

Signalons pour terminer cette liste l'affaire relative à la délimitation d'une partie des possessions néerlandaises et portugaises dans l'île de Timor, dont la sentence rendue le 25 juin 1914 ne fait mention que des « principes généraux du droit »[4].

B. — A côté des sentences rendues par la Cour Permenente d'Arbitrage, on peut signaler à la même époque des décisions rendues par des tribunaux arbitraux particuliers qui accusent la même imprécision.

Telle la sentence rendue dans l'affaire Dix contre le Vénézuela, en 1903, qui se contente de parler du droit international

1. *Id.*, p. 343.
2. *Id.*, p. 353 et 355.
3. « *Revue générale de Droit international public* », 1922, p. 290.
4. Bruns, *La Cour Permanente d'Arbitrage*, p. 20 . — J.B. Scott, *Sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage*, p. 377.

à propos du principe qu'une indemnité est due en cas de confiscation des biens de neutres pour le service des armées[1].

De même une autre affaire entre la Belgique et le Vénézuela, également tranchée en 1903, déclare « que le droit d'expulser les étrangers ou de leur interdire l'entrée sur le territoire national est généralement admis »[2].

De même encore en 1903, dans un litige qui a opposé la France et le Vénézuela, la sentence invoque « le droit international »[3].

Nous terminerons ces citations par celle de l'affaire Christina contre Vénézuela, qui a opposé la Suède et la Norvège au Vénézuela, dans laquelle l'arbitre a déclaré « que c'est un principe de justice universellement reconnu que l'appréciation des dommages ne doit pas se borner aux dommages matériels directs subis par la personne lésée, mais aussi aux profits dont elle a été privée »[4].

Si l'on examine d'autre part les traités d'arbitrage non pas signés après la naissance des litiges, mais prévoyant des conflits éventuels (ce qui est l'un des résultats des Conférences de la Paix), on constate que la tendance générale relevée dans les textes et les décisions de la Cour Permanente d'Arbitrage se retrouve ici.

L'article 10 du traité signé le 8 juin 1899 entre l'Argentine et l'Uruguay stipule que « le tribunal devra décider en conformité avec les principes du droit international, à moins que le compromis n'impose l'application de règles spéciales ou n'autorise les arbitres à décider comme amiables compositeurs »[5].

Cette même imprécision se retrouve dans l'article 10 du

1. Descamps et Renault, *Recueil des traités du* XX^e *siècle*, 1903, p. 840.
2. *Id.*, p. 882.
3. *Id.*, p. 868.
4. *Id.*, p. 889, en particulier, p. 891-892.
5. Manning, *Arbitration treaties among the American Nations to the close of the year* 1910, p. 4.

traité entre l'Argentine et la Bolivie du 3 février 1902[1], ainsi que dans un autre traité conclu le 28 mai 1902 entre l'Argentine et le Chili[2].

Dans d'autres traités, les parties ne désignent pas expressément suivant quelles normes les juges arbitraux devront rendre leur décision. Mais, en renvoyant à la Convention de La Haye relative à la Cour Permanente d'Arbitrage, elles renvoient implicitement à l'application du droit des gens[3].

Section IV

La coutume dans la jurisprudence internationale depuis 1920

L'année 1920, qui marque la reprise de la vie juridique normale entre les nations qui viennent de subir l'épreuve de la grande guerre, voit apparaître la Cour Permanente de Justice Internationale d'une part, et les tribunaux arbitraux mixtes d'autre part, ces deux institutions étant, à des titres divers, issues des traités de paix.

Avant d'en examiner la jurisprudence, nous allons, dans un premier paragraphe de la présente section, continuer l'étude des arbitrages contemporains.

§ 1. *Jurisprudence Arbitrale.*

Cette année 1920, ne révèle en principe aucune césure dans l'institution de l'arbitrage international au point de vue de l'application de la coutume.

1. *Id.*, p. 318.
2. *Id.*, p. 330.
3. Exemples : France /Grande-Bretagne, 14 octobre 1903, art. 1er, Descamps et Renault, *Recueil international des traités du* XXe *siècle*, année 1903, p. 192;

Cependant, on est amené à constater que l'article 38 du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, qui énumère les sources du droit applicable par cette Cour, a exercé une influence incontestable sur un certain nombre de documents arbitraux que nous allons relever.

Dans le but d'éviter toute confusion, le présent paragraphe sera donc divisé en deux parties suivant l'influence qu'aura subi le texte envisagé de la part de la Cour Permanente de Justice Internationale.

A partir de 1920, nous trouvons donc dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux deux tendances opposées.

A. — Certains compromis d'arbitrage, continuant la tradition, restent muets sur la question du droit applicable, ou tout au moins ne l'indiquent qu'en termes extrêmement généraux.

C'est ainsi que le traité de conciliation et de règlement judiciaire signé le 20 septembre 1924 entre l'Italie et la Suisse ne fait aucune mention du droit applicable[1], ainsi que le traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage signé le 5 février 1927 entre la Belgique et la Suisse[2].

Il en est de même de la convention conclue le 28 juillet 1926 entre les Etats-Unis et la République de Panama pour réclamations au sujet des pertes et dommages subis par leurs citoyens respectifs. L'article 1er de cet accord porte que les décisions seront rendues : « selon les principes du droit international, de la justice et de l'équité »[3].

Tel encore le traité général d'arbitrage inter-américain

France/Italie, 25 déc. 1903, *id.*, p. 355 ; Autriche-Hongrie/Suisse, 3 déc. 1904, *id.*, 1904, p. 100 ; France/Suisse, 14 déc. 1904, *id.*, 1904, p. 97 ; Suède/Suisse, 18 sept. 1907, *id.*, 1907, p. 807 ; Italie/Mexique, 16 oct. 1907, *id.*, 1907, p. 145 ; Etats-Unis/France, 10 févr. 1908, *Traités généraux d'arbitrage* publiés par le Bureau international de la Cour Permanente d'Arbitrage, I, p. 237. — V. Strupp, cours professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1930, t. 3, p. 409 et suiv.

1. Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 33, p. 92.

2. Société des Nations, *Arbitrage et sécurité. Etude méthodique des conventions d'arbitrage et des traités de sécurité mutuelle déposés auprès de la S.D.N.*, 1927, p. 320

3. *Revue de droit international*, 1931, 2e sem., p. 627.

du 5 janvier 1929 signé à Washington par un grand nombre d'Etats américains : Ce texte ne fait aucune allusion au droit applicable, réservant la question pour les compromis particuliers qui doivent intervenir dans chaque cas particulier[1].

Enfin on peut citer le traité de neutralité, de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage signé le 6 mars 1929 à Ankara entre la Bulgarie et la Turquie, dans lequel les parties se sont contentées d'indiquer dans l'article 6, alinéa 2, que la sentence judiciaire ou arbitrale serait rendue « d'après les principes du droit international »[2]. ou encore le traité d'arbitrage permanent signé le 21 janvier 1929 entre les Etats-Unis et la Bulgarie, qui ne prévoit dans son article 1er que « the application of the principles of law or equity », l'application des principes du droit ou de l'équité[3].

Ces trois derniers exemples concernent les compromis rédigés, non plus à l'avance et en dehors de tout litige immédiat mais à l'occasion même d'un conflit déterminé : Affaire des réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis, tranchée par la Cour Permanente d'Arbitrage, le compromis, en date du 30 juin 1921, indique seulement dans son article 1er, que la sentence devra être rendue « conformément aux principes du droit et de l'équité »[4].

Affaire des réclamations devant la commission franco-mexicaine des réclamations dont le compromis dans ses articles 2 et 6 donne aux commissaires le pouvoir de juger d'après les principes et l'équité[5].

1. Clyde Eagleton, *Les recours internes et le déni de justice*, « *Revue de Droit international et de Législation comparée* », 1935, p. 509 ; « *Revue de D oit inte national* », 1931, 2e sem, p. 627.

2. Martens, *Recueil des traités*, 3e série, t. 28, p. 706.

3. Martens, *id.*, 3e série, t. 21, p. 173.

4. « *Recueil des actes et protocoles des séances*, édité par le Bureau de la Cour Permanente d'Arbitrage, affaire des réclamations norvégiennes, c / les Etats-Unis, p. 6.

5. « *Revue générale de Droit International Public* », 1932, p. 230. Sentence du 19 oct. 1928, V. spéc. p. 250 et suiv.

Affaire Salem, entre l'Egypte et les Etats-Unis, tranchée le 8 juin 1932, pour laquelle les arbitres avaient reçu le pouvoir de juger « en vertu des principes de droit et de l'équité »[1].

Nous verrons plus loin que dans les sentences rendues au sujet des deux premières de ces affaires, les juges ont été plus explicites que le compromis.

On peut rapprocher de ces citations de compromis de nombreuses sentences qui s'accommodent de termes généraux.

Citons simplement la sentence rendue le 2 septembre 1920 par la Cour Permanente d'Arbitrage au sujet des réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français, saisis par le gouvernement portugais à la suite de la proclamation de la République. Il y est simplement déclaré qu'on donne une solution « juste et équitable » du différend[2].

La décision rendue le 4 avril 1928 dans l'affaire de l'île Palmas ou Miangas pour laquelle le compromis n'avait pas indiqué les règles applicables, et dans laquelle l'arbitre parle uniquement de « droit international » ou de « droit international positif », alors que le problème soulevé intéressait la théorie coutumière de l'acquisition de la souveraineté[3].

Il convient cependant de remarquer que, si elle existe encore dans les textes, cette imprécision n'a plus, dans la majorité des cas, le même sens qu'autrefois.

En effet, comme l'écrit M. Diena dans un article déjà cité[4] sur le traité de conciliation et de règlement judiciaire du 20 septembre 1924 entre l'Italie et la Suisse, le silence des parties sur le point de savoir le droit applicable n'est pas une lacune, mais un renvoi implicite à l'article 38 du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Entre les compro-

1. « *Revue de Droit international* », 1933, 1e sem., p. 760 et suiv.
2. « *Revue générale de Droit international public*, 1922, p. 285.
3. *Id.*, 1935, p. 156 et suiv. et spécialement p. 163 et suiv.
4. G. Diena, « *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 1.

mis qui se trouvent dans ce cas et ceux, nombreux comme nous le verrons, qui visent explicitement l'article 38, il n'y a que la différence d'une déclaration formelle. Or en cette matière une telle déclaration ne constitue pas une différence essentielle, en effet les arbitres, même non munis d'instructions précises à ce sujet, sont fatalement influencés par un texte dont le prestige est accru de celui que lui ont conféré les décisions de la Cour de La Haye et les assises doctrinales que lui ont donné ses rédacteurs. C'est un document fondamental dont en réalité aucun juge international ne saurait faire abstraction.

B. — Les traités d'arbitrage peuvent indiquer le droit qui sera appliqué de plusieurs façons. Ils peuvent, comme le déclare M. Castberg dans son cours professé à l'Académie de Droit de La Haye [1], ou bien reproduire mot à mot l'énumération de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice internationale, ou bien y renvoyer expressément. Ils peuvent également le remanier tout en s'en servant comme base [2].

Voici quelques exemples de ces traités :

Le traité germano-suisse du 3 décembre 1921 prévoit dans son article 5 que :

« Le tribunal applique :

1° les conventions en vigueur entre les parties, soit générales, soit spéciales, et les règles de droit qui en découlent ;

2° la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

3° les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

« Si dans un cas donné, les bases juridiques énoncées ci-dessus accusent des lacunes, le tribunal prononce selon les

1. T. 35, p. 395 et suiv. — V. aussi, Makowski, *La conciliation, l'arbitrage et le règlement judiciaire d'après les traités récents de la Pologne*, « *Revue de Droit international privé* », 1927, p. 359 .

2. Makowski, *id.*, p. 284.

principes juridiques qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il s'inspire à cet effet des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

« Si les parties y consentent, le tribunal peut, au lieu d'étayer sa sentence sur des principes juridiques, statuer d'après des considérations tirées de l'équité »[1].

On trouve une autre formule dans les traités signés par exemple par la Pologne. L'article 19 du traité d'arbitrage polono-tchécoslovaque est ainsi rédigé :

« Lorsque le tribunal d'arbitrage ou la Cour Permanente de Justice Internationale sont appelés à décider sur un différend soumis à eux, ils appliqueront, sauf accord contraire des parties :

1° Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

2° La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

3° Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

4° Sous réserve de la disposition de l'article 59 du Statut de la Cour Permanente, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit »[2].

On peut encore citer le Pacte général de la Petite Entente du 21 mai 1929 dont l'article 5 est ainsi conçu :

1. S.D.N., *Arbitrage et sécurité. Etude méthodique des conventions d'arbitrage et des traités de sécurité mutuelle, déposés auprès de la S.D.N.*, p. 202. Ce texte est reproduit également, sauf de petites variantes de détails, dans le traité germano-suédois du 29 août 1924 (*Id.*, p. 219) et dans le traité germano-finlandais du 14 mars 1925 (*Id.*, p. 226).

2. *Id.*, p. 236. L'art. 19 du traité polono-yougoslave du 19 sept. 1926 , de Martens, *Nouveaux recueil général de traités*, 3e série, t. 19, p. 21, et l'art. 6 du traité polono-norvégien du 9 déc. 1929 entre autres, reproduisent textuellement l'article que nous venons de citer.

« Dans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer par les arbitres, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ».

Mais le plus important de tous est à coup sûr l'Acte Général d'Arbitrage, qui a été approuvé par la IX[e] Assemblée de la Société des Nations le 26 septembre 1927, et est entré en vigueur le 16 août 1929 après les trois premières adhésions[1]. C'est à la suite d'une résolution de la VIII[e] assemblée de la Société des Nations que le Comité d'arbitrage et de sécurité a élaboré cet acte ainsi que des modèles de traités bilatéraux de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de non agression et d'assistance mutuelle.

Cet acte fait, en ce qui concerne l'arbitrage, une différence entre les conflits réglés par la voie judiciaire applicable aux différends dans lesquels les parties se contesteraient réciproquement un droit et les conflits réglés par la voie arbitrale, applicable aux autres différends[2]. Pour ces deux sortes de différends, les articles 18 et 28 prévoient en termes à peu près semblables que, dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. La seule différence sur ce point est qu'en cas de règlement arbitral d'un différend ne portant pas sur la contestation d'un droit, le tribunal reçoit le pouvoir de juger « *ex aequo et bono* » s'il n'existe pas de règles, rentrant dans l'énumération de l'article 38 qui soient applicables au différend.

Après les traités, voyons maintenant des exemples de sentences qui précisent le droit sur lequel elles s'appuient.

1. « *La documentation internationale politique, juridique et économique* », janv-févr., 1936, p. 18 et suiv. ; E. Borel, *L'acte général de Genève* », cours professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1929, t. 2, p. 501 et suiv.

2. V. sur cette distinction, G. Berlia, *Le règlement arbitral de l'* « *Acte général d'Arbitrage* », « *Revue de Droit international* », 1937, 2[e] sem., p. 104 et suiv.

En ce qui concerne la Cour Permanente d'Arbitrage c'est le cas de la sentence rendue dans l'affaire des réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis le 30 juin 1921, pour laquelle le compromis indiquait simplement qu'elle devait être rendue « conformément aux principes généraux du droit et de l'équité ». Le tribunal qui avait à se prononcer sur la valeur des lois nationales des Etats-Unis pour toutes matières tombant sous la juridiction de cet Etat, a déclaré être libre d'examiner si ces lois étaient conformes à l'égalité des deux parties, aux traités conclus par les Etats-Unis, ou aux principes bien établis du droit international, y compris le droit coutumier et la pratique des juges dans d'autres cours internationales[1].

On peut encore citer la sentence rendue le 19 octobre 1928 par la commission franco-mexicaine des réclamations. La commission avait reçu le pouvoir de juger d'après les principes et l'équité. Elle a examiné séparément le droit et l'équité, et sur le premier point a nettement affirmé que « c'est un principe de droit acquis de droit international coutumier que si un Etat accorde des indemnités à ses propres nationaux, il est obligé... d'assurer au moins le même traitement aux ressortissants étrangers »[2].

§ 2. *Jurisprudence de la C. P. J. I.*

Nous avons été amenés à faire déjà de nombreuses allusions à la Cour Permanente de Justice Internationale. Il est dès à présent indispensable de dire quelques mots du Statut qui a institué cette cour et qui a apporté à la fixation du droit international coutumier l'appoint de sa grande autorité.

Le texte capital en la matière est l'article 38 du Statut constitutif de la Cour :

1. *Analyse des sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage*, p. 77.
2. « *Revue générale de Droit international public* » 1932, p. 249.

« La Cour applique :

1° Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

2° La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ;

3° Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

4° Sous réserve de la disposition de l'article 59 [1], les décisions judiciaires et les doctrines des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Il est nécessaire de faire le point d'une façon rapide pour saisir l'intérêt que présente cet article dont la rédaction consacre une véritable classification des sources du droit applicable par la nouvelle institution.

Nous reviendrons dans la troisième partie, sur la formule par laquelle ce texte désigne la coutume [2]. Le point qui doit nous retenir ici est l'existence même de cette nouvelle cour, organe central de la jurisprudence mondiale.

La Cour Permanente de Justice Internationale apporte donc un élément entièrement nouveau à la construction juridique internationale que nous étudions. Elle est le premier tribunal permanent qui ait été institué et qui ait fonctionné pour juger des différends entre toutes les nations souveraines du monde civilisé [3].

La Cour Permanente d'Arbitrage ne déroge que d'une façon

1. L'article 59 établit pour la Cour l'autorité de la chose jugée dans les termes suivants : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

2. Voy. *infra*, p. 146 et suiv.

3. *Nota.* — Nous citons pour mémoire les organisations internationales de l'Amérique du Sud, tribunaux à juridiction limitée, dont la jurisprudence n'est pas examinée dans la présente étude.

apparente au criterium de non permanence. Elle est une simple liste d'arbitres, lesquels ne sont appelés à faire fonction de juge que sur le choix des parties. D'un autre côté les tribunaux de prises ou les tribunaux internes comme la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, appelés dans certains cas à juger des points de droit de nature internationale s'ils sont doués du caractère de permanence ne sont par ailleurs chargés de résoudre des cas internationaux que d'une façon accidentelle ou accessoire, leur fonction étant avant tout nationale.

Nous ne nous attarderons pas dans ce paragraphe à un examen approfondi de la Cour Permanente de Justice Internationale, ce serait nous exposer à des redites. En abordant l'étude de la théorie générale de la coutume, nous pourrons constater que c'est à cette Cour que l'on doit la plus grande partie de ce qui a été fait pour exposer et éclairer le problème, et nous indiquerons à la fois la contribution de la Cour et les raisons pour lesquelles elle a été amenée plus que tout autre juge à accroître le patrimoine juridique international.

Il faut remarquer cependant que c'est dans l'article 38 que le mot de coutume apparaît pour la première fois dans un texte de convention collective internationale. La Convention XII de 1907 relative à la Cour Internationale des Prises employait encore l'expression de « règles du droit international ». C'est la coutume qui est le droit international déclarèrent les membres anglais et américains chargés de la préparation du statut de la future Cour.

L'énumération des sources du droit insérée dans la rédaction définitive n'avait pas cependant réuni tous les suffrages au moment de la préparation de ce texte. Tandis qu'il était en discussion au sein d'un comité, Lord Philimore trouvait

inutile de fixer les limites à imposer à la Cour, et du moment qu'on avait déterminé sa compétence il estimait qu'on pouvait lui confier le reste. De son côté, M. de Lapradelle proposait de dire simplement que « la Cour statue d'après le droit, la justice et l'équité »[1].

Mais le rapporteur M. Root rappela que c'est l'absence de règles suffisamment précises qui avaient empêché l'adoption de la convention rédigée en vue de l'établissement d'une Cour Internationale des Prises ; certains pays n'avaient pas voulu, en présence de l'article 7 de cette convention, soumettre leurs droits à une Cour sans savoir comment celle-ci appliquerait les principes du droit, de la justice et de l'équité. Le gouvernement britannique avait convoqué à Londres à la fin de 1908 une conférence qui élabora un projet de déclaration sur divers points de droit maritime, notamment sur le blocus, la contrebande de guerre, la doctrine du voyage continu, la destruction des navires neutres, l'assistance hostile des neutres. Ce texte n'avait pas satisfait certains Etats, notamment la Grande-Bretagne, et le manque de ratification avait rendu impossible la création de la Cour envisagée[2].

Les membres du Comité des juristes suivirent le rapporteur et présentèrent à l'assemblée de la Société des Nations un texte contenant l'indication précise des différentes sources du droit que la future Cour aurait à appliquer. C'est ce projet qui, après quelques remaniements, est devenu le texte définitif que nous avons cité.

§ 3. — *Jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes*

A côté des tribunaux arbitraux et de la Cour Permanente de Justice Internationale, il convient de ne pas passer sous

1. Procès-verbaux des séances du comité, p. 295.
2. *Id.*, p. 286.

silence des organes exceptionnels dont le rôle est terminé aujourd'hui, mais qui ont eu à régler des litiges importants, de genres assez divers, entre les Empires centraux et les Ex-Alliés. Ce sont les tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de paix qui ont suivi la guerre de 1914-18, pour trancher juridictionnellement un certain nombre de réclamations nées des hostilités.

Ces tribunaux ont été en bloc institués, par la partie X du Traité de Versailles et les articles correspondants des autres traités de paix. Leur rôle était limité au règlement des litiges résultant de la guerre de 1914, et leur disparition devait suivre le règlement total de ces conflits. En réalité, ce n'étaient pas de véritables tribunaux internationaux, car ils avaient été constitués pour connaître des réclamations de particuliers. Seul leur mode de constitution était international. Cependant, il y a lieu de les signaler dans cette étude, car ils ont été fréquemment appelés à trancher des points de droit international [1].

Un examen de la question montre d'ailleurs que ces tribunaux n'ont pas attaché une importance considérable à la question des sources du droit applicable.

L'article 304 du Traité de Versailles et les textes correspondants des autres traités de paix ne déclaraient pas expressément d'après quelles règles de fond devaient juger les tribunaux arbitraux mixtes [2].

Certains tribunaux, dans leur règlement de procédure, ont

1. Pour de plus amples détails sur les tribunaux arbitraux mixtes, voir J. Teyssaire et de Solere, *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, 1931. — G. Scelle, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, t. 4, p. 537.

2. La rédaction de l'alinéa 5 de cet article qui prévoit que « les T.A.M. créés par application du § a) *jugeront* les différends qui sont de leur compétence, aux termes des sections III, IV, V et VII, » écarte pour eux la possibilité de décider selon ce qui leur paraît juste et équitable. Ils doivent statuer d'après les principes du droit. Cela ressort également du § 2 de l'annexe à l'art. 304.

Bludhorn, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1932, t. 3, voy. p. 189 et suiv.

par eux-mêmes essayé d'arriver à plus de précision, par exemple le règlement de procédure du tribunal arbitral mixte franco-allemand du 2 avril 1920 porte dans son article 99 : « Pour tous les cas qui ne sont prévus ni dans le traité, ni dans le présent règlement, le tribunal s'inspirera des principes de justice de d'équité. Il prendra toutes mesures et dispositions qu'il jugera utiles à la découverte de la vérité et à une saine application des principes du droit »[1].

Il est évident que le droit applicable en premier lieu par les tribunaux arbitraux mixtes, est celui qui est institué par les traités qui les ont créées. Mais une fois sur ce terrain, ils ont dû interpréter les textes, adapter certaines dispositions obscures ou équivoques à des cas concrets et imprévus, évaluer les dommages et fixer des indemnités.

Dans ces cas, et en dehors de l'application stricte des traités, ils ne pouvaient que s'en référer soit à la coutume, soit aux principes généraux du droit.

En pratique, ils se sont bornés en général à constater que les différends devaient être tranchés selon les règles du droit international public, mais sans préciser d'après quels principes ils avaient établi l'existence des règles appliquées. Les formules employées sont par exemple « suivant la règle généralement admise en droit international »[2], ou bien « conformément aux règles universellement admises en droit des gens »[3].

1. Teyssaire et de Solere, *op. cit.*, p. 227.
2. *Recueil des décisions*, Sirey, t. 3, p. 998.
3. *Id.*, t. 4, p. 974.

On relève cependant des exceptions. Par exemple, la Mixed Claims Commission qui faisait fonction de T.A.M. entre l'Allemagne et les Etats-Unis, a adopté, pour déterminer le montant de certains dommages, les règles des numéros 1 à 4 de l'art. 38 du Statut de la C.P.J.I., en y apportant de très légères modifications.

— On peut rapprocher des décisions rendues par les T.A.M. certaines sentences arbitrales rendues par des arbitres désignés en exécution du § 4 de l'annexe aux art. 297-298 du Traité de Versailles. C'est ainsi que la sentence arbitrale rendue entre l'Allemagne et le Portugal le 31 juillet 1928 et concernant la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique, contient de précieux renseignements en ce qui concer-

L'examen de leur jurisprudence révèle que les tribunaux arbitraux mixtes n'ont contribué que dans une très faible mesure, comme il fallait s'y attendre, à l'étude des sources du droit dont ils ont fait application. Leur rôle devait pourtant être signalé.

Nous venons de voir, en respectant l'ordre chronologique dans la mesure où il peut être concilié avec la clarté de l'exposé, la place qu'occupe la coutume dans les décisions des principales juridictions internationales, et nous avons vu que les juges

ne cette question. Après avoir examiné sommairement les faits et les thèses en présence, les arbitres posent un certain nombre de questions dont la première est pour déterminer le droit applicable . Ils y ont ainsi répondu :

« I. — Le § 4 de l'annexe aux art. 297 et 298 au traité de Versailles détermine la juridiction chargée de connaître des demandes d'indemnités de ressortissants alliés contre l'Allemagne à raison d'actes commis, avant l'entrée en guerre de la puissance intéressée, par le gouvernement allemand ou par toute autre autorité subordonnée.

« Il s'agit ainsi d'actions dirigées contre un Etat à raison de mesures prises par les autorités dont les actes engagent sa responsabilité. En droit commun, ces actions sont régies par les règles du *droit des gens*. Sans se référer *expressis verbis* à ce droit, le traité de Versailles n'en exclut d'aucune manière l'application. Au contraire, l'institution d'une juridiction arbitrale exclusivement neutre — par opposition aux *tribunaux mixtes*, créés pour statuer sur des différents d'autre nature — et le choix de l'expression « actes commis », expression empruntée à la terminologie du droit des gens, font déjà présumer que le traité n'a pas entendu substituer un *jus tractatus* au droit des gens, généralement appliqué en pareille matière par les cours arbitrales.

« Cette présomption est confirmée par le fait que le traité n'indique nulle part suivant quelles règles l'arbitre unique doit déterminer la sanction des actes qui lui sont soumis.

« L'explication toute naturelle de ce silence est que le traité admet, sans autre, que l'arbitre unique s'en tiendra au droit généralement applicable à la catégorie de litiges renvoyés devant lui, c'est-à-dire au droit des gens. C'est ce qui a été admis, jusqu'ici, par les arbitres uniques et par la Cour de La Haye. (Cf. décision de l'arbitre unique entre l'Angleterre et l'Allemagne dans l'affaire Harold Chatterton against the German government du 8 nov. 1923, non publiée ; décision du Tribunal mixte germano-grec faisant fonction d'arbitre unique dans l'affaire D. Karmatzucas /Etat allemand, *Rec.*, VII, p. 21 ; décision de la Cour de La Haye du 12 sept. 1924 au sujet de l'interprétation du § 4 de l'annexe à l'art. 179 du traité de Neuilly, *Rec.*, IV, m. 580 ; etc.).

« Les arbitres ne voient aucun motif d'en décider autrement et admettent en conséquence que le présent litige est régi par les règles du droit des gens.

« 2° — S'en tenant d'autre part à la définition contenue dans l'art. 38 du statut de la C.P.J.I. les arbitres estiment devoir appliquer : (*suit l'énumération des alinéas* 1 à 4 de l'art. 38)

« Enfin, à défaut de règles du droit applicables aux faits litigieux, les arbitres

ont souvent, dans l'ensemble, négligé de préciser en vertu de quel droit ils rendaient leurs sentences. Sur la lisière du maquis de la terminologie que nous avons parcouru, la Cour Permanente de Justice Internationale apporte une pépinière logiquement plantée, où les constructions juridiques poussent avec clarté.

Cette comparaison sylvestre qu'on nous permettra après Cobbett[1], indique combien la contribution de la Cour Permanente de Justice Internationale est précieuse et pourquoi il sera puisé de plus en plus dans sa jurisprudence dans les chapitres qui vont suivre.

estiment devoir combler la lacune en statuant suivant les principes d'équité tout en restant dans le sens du droit des gens appliqué par analogie et en tenant compte de son évolution ». (*Revue de Droit international*, 1929, 1er sem., p. 255).

Tout ce qui est dit à propos des mêmes articles du traité de Versailles dans cette sentence est répété dans la sentence arbitrale rendue entre l'Allemagne et la Roumanie, du 27 sept. 1928, dans l'affaire Goldenberg et fils / l'Etat allemand (respect de la propriété privée) *Revue de Droit international*, 1929, 1er sem., p. 557 L'arbitre examine la question de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression «actes contraires au droit des gens », et il souligne que son sens varie suivant qu'on la restreint au droit international écrit ou qu'on l'étend à tout ce qui rentre dans la notion plus large de droit international commun. Or, ajoute-t-il « le texte du traité de Versailles ne saurait être restreint au droit international écrit, notamment pour la raison suivante : le traité a remis le soin de liquider les dommages dits de neutralité à une juridiction équivalente à celle des cours d'arbitrage, il est évident qu'il a tacitement admis la pratique de ces cours dans la recherche du droit des gens. L'arbitre remarque que cette pratique est basée sur les sources du droit indiquées par l'art. 38 du Statut de la C.P.J.I., et en particulier sur la coutume internationale.

1. Cobbett, *Cases and opinions on international law*, 1re partie, p. 5 et 6.

CHAPITRE II

APPLICATION DE LA COUTUME EN PRÉSENCE DES AUTRES SOURCES DU DROIT

A côté de la coutume, le droit conventionnel, les.principes généraux du droit, l'usage, et même le droit interne concourrent au règlement des litiges internationaux. Dans certains cas, même l'application de la coutume est tenue en échec par le règlement des conflits suivant la justice et l'équité.

Nous avons constaté dans le chapitre précédent la place occupée par la coutume auprès des juridictions internationales jusqu'à la .période contemporaine, nous allons étudier à présent le mécanisme de son application en présence des autres sources du droit.

Nous verrons successivement, dans une première section les rapports de la coutume et du droit conventionnel, dans une deuxième section, les rapports de la coutume et des principes généraux du droit, enfin dans une troisième section nous étudierons la coutume en présence de l'usage et du droit interne.

Section I

Coutume et convention.

Les rapports du droit coutumier et du droit conventionnel peuvent être de deux sortes : ou bien ces deux sources se contredisent, et il s'agit de savoir si l'une des deux l'emporte sur l'autre, c'est la question de l'ordre hiérarchique qui fera l'objet du paragraphe 1er ; ou bien elles sont dans le même sens, et il convient d'étudier les rapports qui peuvent exister entre elles : ceci fera l'objet du paragraphe 2.

§ 1. — *L'ordre hiérarchique entre la coutume et la convention.*

La rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale a donné un intérêt nouveau à ce que l'on pourrait appeler la « dispute » du droit coutumier et du droit conventionnel.

Si l'on considère la jurisprudence internationale d'avant la guerre de 1914, en particulier celle des arbitres dont les arrêts sont immédiatement antérieurs à 1920, on constate que la question d'une hiérarchie entre ces deux sources du droit n'était que très exceptionnellement soulevée.

Les anciens compromis qui règlent les pouvoirs des arbitres ne font pas généralement eux-mêmes de différence entre ces deux formes du droit. Chaque fois que des traités existent entre les Etats en litige et que des principes de droit international peuvent également être invoqués, les arbitres reçoivent sans restriction l'autorisation de s'appuyer sur les uns et les autres. C'est ainsi qu'ils reçoivent généralement l'autorisation de juger « according to the laws of nations and the existing treaty,

and with the impartiality justice may dictate », suivant les lois des nations et le traité existant et avec l'impartialité que la justice dictera[1];

ou « conformément aux principes reçus de droit international et aux traités publics qu'elles (les nations en litige) peuvent avoir conclus »[2].

ou « conformément aux principes de justice, à la loi des nations et aux stipulations du traité d'amitié et de commerce »[3]

ou « according to the principles of justice and equity, the principles of international law and treaty stipulations », conformément aux principes de justice et d'équité, aux principes de droit international et aux clauses des traités »[4];

ou encore « according to public law and the treaties in force between the two nations and the present stipulations », suivant le droit public et les traités en vigueur entre les deux nations et les stipulations présentes[5].

Nous n'avons relevé en sens contraire qu'une convention en date du 20 septembre 1815 intervenue pour régler l'affaire de la dette de Hollande entre la France et les Pays-Bas, qui n'entend voir appliquer les principes généraux qu'à titre subsidiaire en cas de silence d'un traité, l'expression « principes généraux » devant être comprise ici dans le sens de « coutume »[6].

La rédaction des sentences reflète la même tendance générale.

A. — Avant 1899.

La sentence en date du 29-17 mai 1875 rendue dans l'affaire

1. Espagne /Etats-Unis, convention du 11 août 1802, art. 2, La Fontaine, p. 6.
2. Italie /Pérou accord du 25 nov. 1899, art. 2, La Fontaine, p. 614.
3. Etats-Unis /Mexique, commission mixte de Washington, compromis du 11 avril 1839, art. 4, Lapradelle et Politis, t. 1, p. 439.
4. Etats-Unis /Pérou, compromis du 12 janv. 1863, art. 3, La Fontaine, p. 43.
5. Espagne /Etats-Unis, compromis du 12 févr. 1871, art. 2, La Fontaine, p. 134 Colombie /Etats-Unis, affaire du Montijo, compromis du 17 août 1874, art. 2, La Fontaine, p. 209.
6. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 276.

du navire Maria-Luz par l'Empereur de Russie Alexandre II entre le Japon et le Pérou, décide que le gouvernement japonais n'a pas enfreint aux « prescriptions générales du droit des gens ni aux stipulations des traités particuliers »[1].

Il en est de même en ce qui concerne l'affaire Eldredge entre les Etats-Unis et le Pérou, L'arbitre déclare dans sa sentence que « la commission mixte, n'est pas soumise à d'autres lois que celles qui dérivent des principes de justice et d'équité, du droit international et des traités publics »[2].

Enfin dans l'affaire de la barque « Chépica » entre le Chili et la Grande-Bretagne, le tribunal arbitral a recherché la solution du litige d'après « the rules of international law, which comprises the general law of nations and the special law of nations established by treaties », d'après les règles du droit international, qui comprend la loi générale des nations et la loi spéciale des nations établies par les traités[3].

Notons cependant que cette règle n'est pas absolue. Dès 1778 dans l'affaire « Les Quatre-Frères », nous trouvons un exemple de l'affirmation par un tribunal de prises anglais de la supériorité d'un traité sur une pratique antérieure contraire. Entérinant la saisie d'une cargaison française opérée par un navire danois, le tribunal déclaré : « Tout ce que l'on peut déduire du traité, c'est que le navire et la cargaison d'un ami ne doivent pas être considérés comme pris par la cargaison d'un ennemi, et par conséquent ne doivent pas être condamnés selon la pratique ancienne du droit des gens telle qu'elle existait avant le traité »[4].

Cependant, on commence à constater, vers le milieu du

1. La Fontaine, *op. cit.*, p. 197.
2. Lapradelle et Politis, t. 2, p. 265.
3. La Fontaine, p. 457.
4. A.D. Mc Nair, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1933, t. 1, p. 264.

XIX^e siècle, un plus grand effort pour régler la question de l'application concurrente des traités et de la coutume.

Nous trouvons une sentence arbitrale rendue entre la République de Costa-Rica et les Etats-Unis dans laquelle l'arbitre refuse d'appliquer les principes de droit coutumier par suite de l'existence d'une convention liant les deux parties. Le gouvernement de Costa-Rica, dit-elle, peut invoquer ces principes contre tous les gouvernements avec lesquels il n'est pas lié par une convention spéciale, il pourra même les affirmer contre le gouvernement des Etats-Unis lorsque la convention du 2 juillet 1860 dont l'effet expire avec la mission de l'arbitre aura rempli son objet »[1].

Puis en 1872 on trouve les fameuses affaires des Alabama Claims dont le retentissement a été considérable et pour le règlement desquelles les Etats-Unis et la Grande-Bretagne ont préféré fixer par le traité de Washington les règles destinées à guider les arbitres, plutôt que de s'en remettre aux principes du droit international[1].

On peut aussi donner comme exemple l'article 4 du compromis du 2 février 1897 passé entre la Colonie de la Guinée anglaise et le Vénézuela, qui déclare que les arbitres « shall be governed by following rules, which are agreed by the High Contracting Parties as rules to be taken applicable to the case, and by such principles of international law not inconsistent therewith as the arbitrators shall determine to be applicable ot the case », c'est-à-dire que les arbitres se soumettront aux règles suivantes qui sont agréées par les Hautes Parties Contractantes comme des règles applicables au litige, ainsi que par tout principe de droit international qui ne soit pas en opposition avec lesdites règles et que les arbitres déter-

1. 31 déc. 1862, Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 157.
2. *Ia.*, p. 777 et suiv.

mineront comme applicables au litige[1]. Nous retrouverons au cours de l'étude de l'interprétation des traités par les règles coutumières d'autres exemples identiques, où la prédominance est donnée aux règles contractuelles, et dans lesquelles les principes de droit international ne sont appliqués qu'en tant qu'ils sont compatibles avec ces règles.

B. — De 1899 à 1920.

Les conférences de la Paix tenues à La Haye en 1899 et 1907 amènent, avec l'organisation de la Cour Permanente d'Arbitrage, l'établissement d'une Cour Internationale des Prises.

Or l'article 7 de la Convention XII de 1907, qui institue cette dernière, apporte en ce qui concerne la question des hiérarchies des sources, un élément nouveau. Ses alinéas 1 et 2 sont ainsi rédigés :

« Si la question de droit à résoudre est prévue par une Convention en vigueur entre le belligérant capteur et la puissance qui est elle-même partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention.

« A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité »[2].

La simple lecture de ce texte montre clairement l'admission par les Etats signataires de la convention XII d'un ordre successif pour l'application des sources du droit.

La Cour Internationale des Prises n'ayant jamais existé faute de ratification de la Convention qui l'instituait, n'a pas eu évidemment à appliquer ce texte.

Mais on peut rechercher si la solution qu'il préconise a

1. La Fontaine, *op. cit.*, p. 554.
2. J.B. Scott, *Les conventions et déclarations de La Haye, de* 1899 *et* 1907, p. 190.

influencé la jurisprudence arbitrale des premières années du XX^e siècle.

Si l'on examine à ce sujet les sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage, on constate que cette juridiction n'a nettement pris position ni pour ni contre l'ordre successif.

Ainsi dans l'affaire des Fonds pieux de Californie, on trouve l'affirmation « que le litige soumis à la décision du tribunal d'arbitrage consiste dans un litige entre les Etats-Unis d'Amérique et les Etats-Unis Mexicains qui ne saurait être réglé que sur la base des traités internationaux et des principes du droit international »[1].

De même dans l'affaire des Boutres de Mascate entre la France et la Grande-Bretagne, le tribunal dans sa sentence du 8 août 1905, déclare « que la situation légale de navires portant des pavillons étrangers et des propriétaires de ces navires dans les eaux territoriales d'un Etat oriental est déterminée par les principes généraux de juridiction, par les capitulations ou autres traités et par la pratique qui en est résultée »; et plus loin, qu' « il est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres traités qui peuvent être invoqués en la matière et en interprétant les principes du droit international »[2].

On peut encore citer : l'affaire du Carthage, du 6 mai 1913, pour laquelle la formule des conclusions françaises, retenue d'ailleurs par le tribunal, fondait sa réclamation sur « l'inobservation du droit commun international et des conventions réciproquement obligatoires pour l'Italie comme pour la France »[3].

Cette indifférence en ce qui concerne l'ordre successif n'est

1. J.B. Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, recueil de ses sentences*, p. 3.
2. *Id.*, p. 104.
3. *Id.*, p. 353.

cependant pas absolue dans les sentences arbitrales de cette époque.

Nous citerons en ce sens notamment une convention d'arbitrage signée le 5 novembre 1904 entre la Colombie, et l'Equateur, pour régler une question de délimitation de frontières. L'article 6 de ce traité établit comme base de l'arbitrage une loi colombienne et deux traités, et « en outre les autres antécédents historiques ou juridiques que les Parties jugeront opportun de produire à l'appui de leurs allégations, en tant qu'ils ne seront pas contraires aux trois bases précitées »[1].

De même, le compromis signé entre la Norvège et la Suède à propos de l'affaire des Grisbadarna, contient ces déclarations que reproduira la sentence rendue le 23 octobre 1909.

« Considérant qu'il a été également convenu par l'article 3 de ladite convention :

« 1° que le tribunal aura à décider si la ligne frontière doit être considérée soit entièrement soit en partie comme fixée par le traité de délimitation de 1661 avec la carte y annexée...

« 2° que pour autant que la ligne frontière ne sera pas considérée comme fixée par ce traité et cette carte, le tribunal aura à fixer cette ligne frontière en tenant compte des circonstances de fait et des principes du droit international »[2].

Il est intéressant de rapprocher de cette jurisprudence la sentence rendue par la Cour suprême des Etats-Unis le 8 janvier 1900 dans la célèbre affaire Paquete Habana, les décisions de cette Cour, bien qu'elle n'ait qu'un caractère national, faisant autorité. Le 8 janvier 1900, elle déclarait : « Lorsqu'il n'y a ni traité, ni acte du pouvoir législatif ou exécutif, ni précédent de

1. Descamps et Renault, *Recueil des traités du* XX^e *siècle*, 1904, p. 822.
2. J.B. Scott, *op. cit.*, p. 139.

jurisprudence, il faut se reporter aux coutumes et usages des autres nations civilisées. Or à l'heure actuelle, par l'effet du consentement général des nations civilisées du monde, et indépendemment de tout traité formel ou autre acte public, c'est une règle établie du droit international, fondée sur des considérations d'humanité, que les bateaux de pêche côtiers sont exempts de capture comme prises de guerre »[1].

C. — Depuis 1920.

A partir de 1920, l'article 38 du Statut de la Cour Permanente est à l'origine d'un revirement caractéristique dans l'appréciation de l'ordre successif des sources du droit international.

Contrairement à l'article 7 de la Convention relative à la Cour Internationale des Prises, l'article 38 ne parle pas d'ordre successif.

Cette position n'a pas été adoptée sans discussion. Le Comité des juristes chargé de préparer un avant-projet du statut de la future cour s'était entendu, sur l'initiative de son président le baron Descamps, pour proposer la rédaction suivante :

Art. 35 : « Dans les limites de sa compétence telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique *en ordre successif* :

1° les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

2° la coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi ;

3° les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

4° les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les

1. Cobbett, *Cases and opinions on international law*, t. 1, p. 7,8.
Cette décision peut être rapprochée de la sentence de la Haute Cour des prises chinoises qui, le 26 oct. 1918, dans l'affaire du navire allemand *Albenga*, a jugé qu' « en matière de relations internationales, il n'est pas besoin de se référer à la coutume chaque fois que des conventions expresses s'appliquent à la matière ».

plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles du droit »[1].

La mention d'un ordre successif avait été fortement critiquée par M. Ricci Busatti : « Non seulement ces mots (dans l'ordre successif) sont superflus, disait ce dernier, mais ils pourraient aussi suggérer l'idée que le juge ne serait pas autorisé à puiser à une source mentionnée par exemple dans le numéro 3, avant d'avoir appliqué les conventions et les coutumes mentionnées respectivement dans les numéros 1 et 2, ce qui serait méconnaître les intentions du Comité... ; si par l'expression « ordre successif » on veut dire seulement qu'une convention prime par exemple le droit coutumier, elle est inutile : c'est un principe fondamental du droit que la loi spéciale prime la loi générale ; mais elle semble méconnaître l'application simultanée qui peut être faite de ces catégories, ainsi que le caractère différent des unes et des autres »[2].

Malgré ces critiques le Comité des juristes s'était cependant prononcé pour le maintien de l'ordre successif. Mais cette expression a été supprimée par la Commission de l'Assemblée de la Société des Nations, sans qu'il semble, d'après les documents relatifs aux travaux de préparation du statut, qu'il y ait eu sur ce point une discussion quelconque[3].

Le silence de l'article 38, en opposition avec l'article 7 de la Convention XII relative à la Cour Internationale des Prises, a donné lieu à des controverses doctrinales sur l'intention réelle des rédacteurs de l'article 38, certains auteurs affirment qu'un ordre hiérarchique a été maintenu, d'autres qu'il a été supprimé[4].

1. Procès-verbaux des séances du comité du 16 juin-24 juill. 1920, p. 673 et suiv., et p. 729.
2. *Id.*, p. 337.
3. Documents relatifs à l'adoption du projet du Comité des juristes par l'assemblée, p. 211.
4. V. par exemple, Heilborn, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye. 1926, t. 2, p. 13 et 21 ; L. le Fur, *Recueil d'Etudes en l'honneur de F. Gény*, t. 3,

Sous l'angle de la jurisprudence proprement dite, la question d'une hiérarchie entre la coutume et la convention, ces deux droits étant dès à présent nettement détachés devant les autres sources, s'est posée fréquemment dans la pratique.

En ce qui concerne la Cour Permanente d'Arbitrage, on constate qu'elle ne semble pas avoir subi l'influence de ce texte.

A propos de l'affaire des réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis, elle a encore le 13 octobre 1921, déclaré qu'elle était «libre d'examiner si les lois des Etats-Unis sont conformes à l'égalité des deux parties contractantes, aux traités conclus par les Etats-Unis, ou aux principes bien établis du droit international, y compris le droit coutumier et la pratique des juges dans d'autres cours internationales »[1].

Mais par contre, nous trouvons l'influence très nette de l'art. 38 dans la décision rendue le 19 octobre 1928 par la commission franco-mexicaine à propos de réclamations de ressortissants français contre le Mexique. La commission constate d'abord que les parties ont arrêté par convention les règles à appliquer pour éviter l'appréciation de la responsabilité du Mexique au point de vue strict du droit des gens coutumier. C'est ensuite qu'elle affirme devoir appliquer les règles du droit international dans les cas où la convention signée par les parties est silencieuse[2].

Quant à la Cour Permanente de Justice Internationale, elle a souvent abordé cette question.

p. 364 ; Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*. t. 1, p. 633, note doctrinale ; J. Makowski, *L'organisation actuelle de l'arbitrage international, Cours* professé à La Haye, 1931, t. 2, p. 360 ; Mérighnac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage*, t. 1, n° 304, p. 295 et suiv ; J. Ray, *Cours* professé à La Haye, 1934, t. 2, p. 637 et suiv. et p. 697 et suiv. ; K. Strupp, *Cours* professé à La Haye, 1934, t. 1, p. 330 et suiv ; Verdross, *Die Verfassung*, p. 44 à 46 ; Ch. de Visscher, *Contribution à l'étude des sources du droit international, Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1933, p. 412.

1. *Analyse des sentences*, p. 77.
2. *Revue générale de Droit international public*, 1932, p. 258.

Nous lisons dans l'arrêt du Lotus : : Si l'on se place, pour les besoins de la démonstration au point de vue du dernier de ces systèmes (celui qui soutient que la nature particulière du droit pénal ne laisse pas aux Etats la possibilité d'étendre au-delà de leur frontière la juridiction pénale de leurs tribunaux), on doit reconnaître que son exactitude dépend, de l'existence d'une coutume ayant force de droit par laquelle il serait consacré »[1].

De même dans l'avis n° 20 relatif au régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche :

« Quelles que soient les définitions données de l'indépendance des Etats soit dans la doctrine, soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des Etats, *au sens du traité de Saint-Germain*, art. 88, l'indépendance de l'Autriche doit s'entendre... »[2].

Dans l'affaire franco-hellénique des Phares, les parties avaient discuté sur le question de savoir si le souverain territorial a le droit d'accorder des concessions sur un territoire occupé, avec effet juridique à l'égard d'un Etat occupant qui acquiert ultérieurement ces territoires. La Cour répond :

« De part et d'autre ont été invoquées les dispositions des conventions de 1899 et de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, certains précédents et les opinions de quelques auteurs. La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur cette question. *Elle se trouve dans l'espèce en présence d'un texte conventionnel* », à savoir l'art. 9 du protocole XII, de Lausanne[3].

La même chose se retrouve dans l'affaire Oscar Chinn, entre la Grande-Bretagne et la Belgique. Il s'agissait de la réparation de pertes et dommages qu'aurait subi Chinn, sujet

1. Arrêt n° 9, *Publications de la C.P.J.I.*, série A, n° 10, p. 21.
2. Avis, n° 41-1931, *Id.*, p. 45.
3. Arrêt du 17 mars 1934, *id.*, n° 62-1934, série A.B., p. 24-25.

britannique, du fait de certaines mesures prises par le gouvernement belge et se rapportant au trafic fluvial sur les voies d'eau du Congo belge. Les parties avaient indiqué dans leur compromis le droit qu'elles entendaient voir appliquer, c'est-à-dire les engagements résultant du régime international du bassin du Congo d'après la convention de Saint-Germain du 10 septembre 1919, et les obligations résultant des principes du droit international commun. La Cour, dans son arrêt, a interprété l'intention des parties comme désireuses de voir régler le litige en premier lieu suivant les traités liant les deux parties et subsidiairement suivant les principes généraux du droit international commun[1].

En somme dans la pratique, la tendance générale de la Cour Permanente de Justice Internationale est que lorsqu'il lui est possible de baser la décision sur un traité, elle ne recherche pas si une règle coutumière consacre également le principe recherché : elle applique purement et simplement la convention[2]. Aucune hiérarchie de valeur n'est textuellement incluse dans l'article 38 de son statut entre les sources du droit. Mais il n'en subsiste pas moins au point de vue pratique une certaine hiérarchie en ce qui concerne l'administration de la preuve.

D'abord le juge international, dont le plus grand désir est d'étayer ses arrêts de la plus parfaite argumentation juridique pour que sa décision soit acceptée par l'une et par l'autre parties, est naturellement porté à trouver dans les traités qu'elles ont signés un argument plus convainquant que dans des règles coutumières qu'elles peuvent contester. Cherchant à s'appuyer sur les motifs les plus propres à donner à leurs

1. Arrêt du 12 déc. 1934, *id.*, n° 63, série A.B., conclusions des parties, p. 68 et interprétation par la Cour, p. 79 et 81.
2. J. Basdevant, *Cours* professé à l'Académie de Droit international de La Haye, 1936, t. 4, p. 494.

sentences l'autorité nécessaire, leur préférence va à l'obligation spéciale par laquelle les intéressés se sont particulièrement liés, plutôt qu'à l'obligation générale qui peut ne pas avoir la netteté d'un document écrit.

Pour les parties, c'est aussi dans la plupart des cas une solution de commodité, la preuve d'un traité étant plus aisée à rapporter que celle d'une coutume internationale.

Ensuite, cette manière de faire est l'application pure et simple du vieux principe : *in toto jure genus per speciem derogatur*, que la règle spéciale a le pas sur la règle générale.

Au fond, ainsi que le démontre M. Rousseau dans un article paru dans la *Revue générale de droit international*, avec ou sans hiérarchie, on arrive au même résultat. La discussion théorique à laquelle nous venons de consacrer quelques pages se résoud en une solution essentiellement pratique que l'on peut résumer en une formule : la loi spéciale l'emporte sur la loi générale, pour la commodité des parties aussi bien que celle du juge[1].

§ 2. *Rapports de la coutume et de la convention lorsque ces deux sources sont concordantes.*

Nous avons vu, en étudiant la question de l'existence d'un ordre successif entre les traités et les règles coutumières,

1. Rousseau, *Revue*, 1932, p. 143. V. aussi A. Cavaglieri, *Cours* professé à l'Académie de Droit international de La Haye, 1929, t. 1, p. 330 ; A. Verdross, *id.*, 1929, t. 5, p. 303 et suiv.

Indiquons pour être complet, que la question de l'ordre successif des sources du droit a été fréquemment abordée dans les avis dissidents publiés par les juges de la C.P.J.I. à la suite de la publication de ses décisions (avis dissident du juge Negulesco à propos de l'avis n° 14 relatif à la compétence de la Commission européenne du Danube, série A, p. 104. — Avis dissident du juge Anzilotti à propos de l'arrêt relatif au statut du Groenland oriental, série A.B, n° 53-1933, p. 76), et par les parties au cours des travaux préparatoires (arrêt n° 7, intérêts allemands en Haute-Silésie, mémoire allemand, série C, p. 410 et suiv. — Avis n° 6, colons allemands en Pologne, consultation Struycken, série C, p. 544 et suiv. Arrêt n° 9, Lotus, mémoire français, série C, p. 180 ; ordonnance préliminaire du 4 février 1933, administration du prince von Pless, n° 52-1933. discours allemand, série C, p. 263).

qu'une prédominance au moins de fait doit être reconnue au droit conventionnel, dans l'hypothèse où ces deux sources sont divergentes, cette prédominance n'étant, comme l'a fait remarquer au cours des travaux préparatoires de l'article 38, M. Ricci Busatti, que celle de la loi spéciale sur la loi générale.

Nous allons maintenant étudier les rapports de ces deux sources lorsqu'elles ne sont pas opposées.

Ces rapports peuvent être considérés sous deux chefs distincts : les cas dans lesquels la coutume sert à l'interprétation ou à l'extension des traités, et ceux où les conventions sont la codification de la coutume.

A. — *Interprétation et extension du droit international conventionnel par le droit international coutumier.*

L'application au cours du règlement d'un litige des conventions signées entre deux ou plusieurs Etats soulève fréquemment des difficultés.

Le juge peut tout d'abord avoir à interpréter la volonté des contractants, volonté que les termes employés n'indiquent pas clairement. D'autre part, le traité ne donne presque jamais une solution à tous les cas qui peuvent se présenter.

Pour l'interprétation du droit conventionnel, comme pour la solution des difficultés nées de l'insuffisance des textes, il est naturel que le juge ait recours aux principes du droit, et en particulier aux règles d'origine coutumière.

« Pour l'interprétation d'un Statut qui s'est formulé dans une convention, écrit M. de Lapradelle, la coutume a incontestablement une très grande valeur, non seulement pour son interprétation, mais le cas échéant pour son extension. Dès qu'une pratique générale est intervenue par laquelle un principe conventionnel, tel celui de la liberté des fleuves, sort des cadres étroits des textes qui le formulent, ce principe doit être considéré comme ayant une valeur juridique au titre

coutumier, qui prolonge et complète sa valeur au titre conventionnel »[1].

Et à propos du domaine d'application de la coutume en dehors du droit de la mer : « On peut encore lui donner un rôle en ce qui concerne la navigation des fleuves internationaux et ceci peut faire apparaître l'un des traits les plus curieux du fonctionnement de la coutume, la coutume servant à élargir le cercle d'un droit qui d'abord n'est qu'un droit conventionnel »[2].

Aussi trouvons-nous de nombreuses références dans la jurisprudence internationale relatives au rôle joué par les principes de droit des gens dans l'interprétation et l'extension du droit conventionnel.

Parmi les décisions arbitrales, on peut citer la sentence rendue le 13 avril 1852 par le roi des Pays-Bas Guillaume III dans l'affaire du navire Veloz-Mariana : « Considérant que l'expression « bâtiments capturés pendant l'année précédente » dont les Hautes Parties Contractantes se sont servies dans le préambule de la convention du 5 janvier 1824 (Convention de Madrid réglant le sort des prises après l'intervention française en Espagne pour rétablir le roi Ferdinand VII dans son pouvoir absolu), eu égard à l'intention manifeste des parties contractantes, *et conformément au droit des gens*, ne peut être interprétée que dans le sens qu'elle concerne les captures faites pendant la guerre de 1823, dont ladite convention était appelée en partie à régler les conséquences... »[3].

De même, la sentence rendue le 4 décembre 1888 entre les Etats-Unis et la République d'Haïti à propos d'une demande d'indemnité pour une prétendue arrestation illégale, porte que le cas doit être tranché suivant les traités passés entre les deux

1. *Cours de doctorat sur la Justice Internationale*, 1932-1933, 18e leçon, p. 12.
2. *Id.*, p. 1°. — V. aussi H. Lauterpacht, *Cours* professé à l'Académie de Droit international de La Haye, 1937, t. 4, p. 154.
3. Espagne /France, Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1 , p. 620.

pays, mais « fort the interpretation of treaty language and intention, whenever controversy arises, reference must be had to the law of nations and to international jurisprudence », quant à l'interprétation des termes et du sens du traité, pour le cas où une controverse s'élèverait, il y aura lieu de s'en référer à la loi des nations et à la jurisprudence internationale[1].

Nous trouvons une affirmation semblable dans la sentence rendue à propos de l'affaire Laurent entre les Etats-Unis et les Pays-Bas, soumise à la commission mixte de Londres par le traité du 8 février 1853 pour régler toutes les réclamations pendantes depuis 1814 entre les deux pays ; le commissaire américain s'est ainsi exprimé : « Il est indiscutable que les traités doivent être interprétés suivant le droit des gens, mais le droit des gens ne fixe pas à de certains mots un sens invariable ni à l'interprétation des traités certaines règles autres que celles qui s'appliquent à la recherche de l'intention des parties contractantes... que tels étant l'usage et la pratique des nations, les mots employés dans le traité doivent être interprétés conformément à, et avec l'aide de cet usage et de cette pratique »[2].

L'affaire de l'Alabama nous apporte aussi des renseignements intéressants sur cette question. La sentence, en date du 14 septembre 1872, rappelle les termes du compromis qui déclare quant aux pouvoirs des arbitres, qu'ils « sont tenus, aux termes dudit article 6, dans la décision des matières à eux soumises, de se guider sur les trois règles qui y sont énoncées et par tels principes du droit des gens qui, sans être en désaccord avec ces règles, auront été reconnus par les arbitres comme ayant été applicables dans l'espèce »[3].

1. La Fontaine, *op. cit.*, p. 307.
2. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 661.
3. *Id.*, t. 2, p. 889. — V. les termes du compromis du 4 mai 1871, p. 772 et du traité de Washington du 8 mai 1871 qui en est la suite, p. 777.

Si nous examinons des périodes plus récentes, nous constatons que la Cour Permanente d'Arbitrage a également pris position en ce qui concerne ce problème dans les deux sentences suivantes.

Dans sa décision relative aux Boutres de Mascate du 8 août 1905, qui a opposé la France et la Grande-Bretagne, la Cour déclare : « Considérant qu'à défaut d'une définition du terme « protégé » dans l'Acte Général de la Conférence de Bruxelles, il faut entendre ce terme dans le sens qui correspond le mieux tant aux intentions élevées de cette conférence et de l'Acte final qui en est résulté, qu'aux principes du droit international tels qu'ils ont été exprimés dans les conventions en vigueur à cette époque, dans la législation nationale en tant qu'elle a obtenu une reconnaissance internationale, et dans la pratique du droit des gens... »[1].

D'autre part, dans sa sentence du 23 octobre 1909 rendue dans l'affaire des Grisbadarna entre la Norvège et la Suède, la Cour a déclaré se rallier entièrement à l'interprétation donnée par des parties du traité de Roskilde de 1658, en considération de ce qu'elle était conforme aux principes fondamentaux du droit des gens tant ancien que moderne, d'après lesquels le territoire maritime est une dépendance nécessaire d'un territoire terrestre »[2].

Deux arbitrages récents présentent également un intérêt à ce point de vue.

Le premier a été rendu le 19 octobre 1928 par la Commission franco-mexicaine des réclamations dans l'affaire Georges Pinson, sous la présidence de M. Verzijl. La Commission veut établir la règle qu'un Etat n'est pas en droit d'accorder à ses nationaux des indemnités pour des pertes et dommages révo-

1. J.B. Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, recueil de ses sentences*, p. 101.
2. *Id.*, p. 132.

lutionnaires sans accorder les mêmes indemnités aux étrangers. Elle examine la question en équité, suivant les pouvoirs qu'elle a reçus du compromis, mais elle désire également baser sa décision sur des raisons juridiques. Pour cela, elle s'exprime en ces termes :

« C'est aussi pourquoi les règles conventionnelles contenant les principes équitables que les deux Etats contractants ont formulé de commun accord comme base juridique du jugement des présentes réclamations pour éviter l'appréciation de la responsabilité du Mexique au point de vue strict du droit des gens coutumier, doivent à leur tour être interprétées à la lumière du droit international commun... »[1].

Mais la Commission va plus loin. Non seulement elle reconnaît la nécessité d'interpréter les conventions à la lumière du droit international commun, mais elle ajoute : « Et c'est pourquoi enfin on ne pourra s'empêcher d'invoquer les règles du droit international en différents autres cas où la convention elle-même est silencieuse, par exemple pour fixer la responsabilité du Mexique d'actes commis par des fonctionnaires supérieurs ou subalternes... d'actes de détachements militaires, etc... »[2].

D'autre part, cette décision reconnaît au juge la possibilité de recourir au droit coutumier dans le cas où des doutes existeraient sur la portée exacte de la convention : « La promesse d'égalité de traitement pour les étrangers et les nationaux ne fonctionne donc pas seulement comme un principe incident au cours des négociations diplomatiques, mais plutôt comme un principe de droit international sous-entendu auquel il faut remonter toutes les fois que l'interprétation, notamment de l'article 111 de la convention, prêterait à des doutes sur la portée exacte de ses dispositions »[3].

1. *Revue générale de Droit international public*, 1932, p. 258 et 259.
2. *Id.*, p. 259.
3. *Id.*, p. 249.

Enfin, nous citerons encore ce passage toujours tiré de la même décision : « Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement aux principes généraux du droit international pour toutes les questions qu'elle ne résoud pas en termes exprès et d'une façon différente »[1].

Nous terminerons cette énumération sur le rappel de la décision en date du 18 juillet 1932 rendue entre les Etats-Unis et la Suède dans l'affaire du Kronprinz Gustave-Adolphe. Les Etats-Unis prétendaient que les devoirs de l'arbitre se limitaient à l'examen de la compatibilité de l'action des Etats-Unis avec les traités en question, et qu'on n'attendait pas de lui qu'il basât sa décision sur des principes de droit international. L'arbitre, M. Borel, a répondu : « Quoique juste en elle-même, cette observation ne doit pas amener à une méprise. La décision qui doit être rendue doit, sans aucun doute, être régie par les traités, et l'arbitre n'a pas à chercher d'autres règles dans le champ du droit international. D'autre part, il est clair que les traités eux-mêmes font partie intégrante du droit international, comme ayant été acceptés par les deux Parties contractantes, et on peut supposer sans risques, que, lorsque ces traités furent conclus, les deux Parties les considérèrent comme ayant été acceptés comme des dispositions spéciales devant être appliquées entre elles dans ce qu'on pourrait appeler l'atmosphère et l'esprit du droit international reconnu par elles deux »[2].

L'idée la plus intéressante de la jurisprudence contemporaine est celle-ci : toute convention est considérée comme se référant implicitement au droit coutumier lorsqu'elle n'apporte pas de solution contraire, la coutume servant ainsi d'une manière générale à l'interprétation de tous les traités.

1. *Id.*, p. 653.
2. *American journal of international law*, t. 26, 1932, p. 839.

Si l'on considère sur ce point la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, on constate qu'elle n'a pas formulé d'avis définitif. Il semble au contraire qu'elle apporte une certaine discrétion dans l'appréciation des traités au moyen du droit international commun.

Ainsi, au cours des discussions qui ont précédé l'arrêt n° 2 relatif à l'affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, M. Politis, au nom du gouvernement hellène, avait soutenu que sans vouloir combler les lacunes certaines du Protocole XII annexé au Traité de paix de Lausanne du 24 juillet 1923, applicable en la cause, il fallait y suppléer dans une certaine mesure par un rappel des règles du droit international coutumier[1]. La Cour a rejeté cette conclusion en ces termes : « De l'avis de la Cour, les obligations internationales en question sont constituées par le seul Protocole XII. La partie demanderesse a soutenu que les dispositions du Protocole doivent être interprétées par certaines règles empruntées au droit international général ; la Cour estime cependant que le Protocole XII se suffit à lui-même, car une règle empruntée au droit international général ne saurait être considérée comme constituant une obligation « contractée » par ce mandataire que pour autant qu'elle aurait été expressément ou tacitement incorporée dans le protocole »[2].

Cette décision offre un double intérêt, car, en dehors de ce commentaire, on peut y relever une certaine réserve à l'endroit de la coutume. En effet, la Cour, qui était saisie du litige en vertu d'une clause de juridiction obligatoire, n'a pas voulu considérer que les obligations du droit coutumier étaient *contractées* par les parties au même titre que les obligations contractuelles. Autrement dit, les parties se sont engagées à

1. Arrêt du 30 août 1924 entre la Grande-Bretagne et la Grèce, *Publications de la Cour de Justice Internationale*, conclusions Politis, série C, p. 52 et suiv.
2. *Id.*, série A, p. 27 et 38.

soumettre leurs litiges à la Cour Permanente de Justice Internationale, et la Cour estime que seuls les engagements auxquels ils ont formellement souscrit doivent leur être opposables.

Cependant, et bien que la Cour ait montré dans ce domaine beaucoup de prudence, il faut remarquer qu'elle a eu fréquemment à trancher des questions de droit international coutumier dans les très nombreuses affaires au sujet desquelles elle a eu à s'occuper de l'interprétation de traités[1].

Nous n'avons relevé qu'une seule décision dans laquelle on trouve à ce sujet une affirmation de principe. Il s'agit de l'arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en Haute Silésie. A propos de l'article 256 du Traité de Versailles traitant du transfert de la propriété publique à la suite de cessions de territoires, la Cour déclare que ce texte doit être « interprété à la lumière du droit en vigueur au moment où le transfert de la souveraineté a eu lieu »[2]. Du moment qu'elle tranche sur la question de savoir à quel moment on doit envisager les règles de droit commun qui doivent servir à l'interprétation d'un traité, elle admet *a fortiori* l'interprétation du traité par ce droit[3].

1. H. Lauterpacht, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1937, t. 4 p. 154.

2. *Id.*, série A, p. 41.

3. Mais si dans ses arrêts, la Cour ne semble aborder cette question qu'avec une certaine réticence, par contre les travaux préparatoires de ses diverses décisions s'y réfèrent très souvent : citons : arrêt n° 1, affaire du Wimbledon, le contre-mémoire allemand soutient que lorsqu'un texte (en l'espèce l'art. 380 du traité de Versailles) ne trouve aucun appui dans le droit des gens et revêt donc un caractère d'exception, il ne doit pas être interprété de façon extensive, mais au contraire d'une façon restritive (*Publications de la Cour*, série C, p. 42). — Arrêt n° 7, affaire des intérêts allemands en Haute-Sélisie, nous trouvons l'affirmation qu'un texte (en l'espèce, l'art. 297-*e* du traité de Versailles) qui ne contient pas de clause de dérogation formelle aux règles généralement admises «doit être interprété conformément au droit général coutumier »(Mémoire du gouvernement allemand, *id.*, série C, p. 410 et suiv.). — Avis n° 13, organisation du travail, consultation de MM. Berthélémy, Le Fur et J. de la Morandière transmise à la Cour par l'Organe international des employeurs industriels, série C, p. 194. — Avis n° 44-1932, nationaux polonais à Dantzig, déclaration faite par le représentant de la Ville libre de Dantzig, série C, p. 345.

B. — *Influence de la coutume sur la rédaction des traités. Codification de la coutume.*

Enfin les traités peuvent avoir avec le droit coutumier des liens tout particuliers. Il s'agit des cas dans lesquels c'est ce dernier qui forme la matière du traité. Il y a alors codification de la coutume.

La codification au sens strict est l'action d'assembler et de fixer officiellement en un seul corps le contenu des lois et coutumes déjà existantes. Cette opération présente une grande utilité en ce qu'elle supprime l'incertitude des règles ainsi codifiées, mais d'autre part cette fixation peut nuire au développement ultérieur de la coutume et quelquefois à son existence même[1].

Il existe, en droit des gens, de nombreuses coutumes qui ont fait l'objet d'une codification. Sans remonter jusqu'à l'Ordonnance de la Marine publiée par Louis XIV en 1681 et dont nous avons parlé plus haut[2], on peut citer les conventions signées à La Haye en 1899 et 1907, qui ont consacré de nombreuses règles coutumières, et la convention signé à Londres en 1909 mais non ratifiée relative au droit maritime.

De semblables documents ont une influence qui dépasse le cadre dans lequel elles ont été signées. Malgré leur caractère contractuel qui semble les destiner à une autorité restreinte aux signataires, ils sont généralement suivis par l'ensemble de la communauté des Etats.

L'intérêt de cette constatation, en ce qui concerne les tribunaux internationaux, est que les juges, en appliquant ces traités, appliquent en réalité de la coutume. « Il peut arriver, écrit Kosters, que la coutume soit consignée dans des traités,

1. S. Séfériadès, *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1930, t. 4, p. 210 ; G. Gidel, *id.*, 1934, t. 2, p. 193 et 194.
2. V. *supra*, p. 13.

et en appliquant les traités (les tribunaux) appliquent la coutume »[1]. Et il cite à l'appui de nombreux traités généraux d'arbitrage signés en 1902 entre l'Espagne et certains Etats de l'Amérique Centrale d'où il découle que des traités peuvent être simplement déclaratifs et non créateurs du droit des gens.

Pour citer quelques sentences internationales rendues en la matière, voyons d'abord l'affaire des Boutres de Mascate entre la France et la Grande-Bretagne, sentence du 8 août 1905, La Cour Permanente d'Arbitrage prend en considération des « principes de droit international, tels qu'ils ont été exprimés dans les conventions en vigueur à cette époque »[2].

De même, dans sa sentence arbitrale rendue le 18 juin 1929, la Commission chargée de statuer sur les différends qui feraient obstacle à l'accord entre la compagnie du Chemin de fer vicinal de Sopron-Koszeg d'une part et l'Autriche et la Hongrie d'autre part, présente certains traités comme étant la confirmation du droit déjà existant. Ce sont les traités de Trianon et de Saint-Germain. « Considérant, dit le tribunal, qu'en principe les droits tenus par une compagnie privée d'un acte de concession, ne sauraient être mis à néant ou lésés du seul fait que le territoire sur lequel est assis le service public concédé a changé de nationalité ; que la majorité des auteurs et les solutions de la pratique internationale les plus conformes à la conception moderne du droit des gens sont en ce sens ; qu'une confirmation nouvelle de ce principe, déterminante en l'espèce, a été donnée par les articles 304 du Traité de Trianon et 320 du Traité de Saint-Germain qu'il y a lieu d'appliquer... »[3].

Dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice

1. Kosters, *Les fondements du Droit des gens*, p. 232.
2. J.B. Scott, *Sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage*, p. 102.
3. *Revue générale de Droit international public*, 1930, p. 327.

Internationale, nous trouvons une allusion directe à la codification du droit antérieur par le Traité de Versailles dans l'arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise. S'occupant de l'article 256 de ce traité qui se rapporte au transfert de la propriété publique à la suite de cession de territoires, la Cour le considère comme conforme aux principes antérieurs à ce texte régissant la succession entre Etats : « Cet article vise, dit-elle, la propriété du Reich et des Etats allemands, non pas les entreprises privées dans lesquelles le Reich ou les Etats allemands possèdent des intérêts prépondérants. L'article en question, qui concerne le transfert de la propriété publique à la suite de cessions de territoire, doit, conformément aux principes régissant la succession entre Etats et maintenus dans le Traité de Versailles — principes inspirés par des considérations de sécurité de droit —, être interprété à la lumière du droit en vigueur au moment où le transfert de la souveraineté a eu lieu »[1].

On peut en rapprocher l'opinion émise par le juge Séfériadès dans son avis dissident publié à la suite de l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire franco-hellénique des Phares. L'auteur veut établir la règle qu'en cas d'occupation militaire, les pays occupant ayant l'administration et l'usufruit des biens du domaine public du pays occupé a seul le pouvoir d'accorder des concessions pouvant produire effet aussi longtemps que l'occupation dure ; pour ce faire, il invoque le droit des gens universellement accepté et confirmé par l'article 55 de la Convention V de La Haye[2].

1. *Publications de la Cour* série A, p. 41.
2. *Id.*, n° 62-1934, série A, p. 53.
Si d'ailleurs les décisions de la C.P.J.I. ne nous apportent pas de nombreuses affirmations sur ce point, les travaux préparatoires abondent en développements consacrés au droit coutumier codifié.
Voici à titre d'exemples : arrêt n° 1, Affaire du Wimbledon, l'agent du gouvernement allemand déclare que « cette disposition de leur art. 7 (conventions V et

Toujours à propos de la codification de la coutume dans des traités, on peut signaler le problème qui s'est posé devant les tribunaux italiens pendant la guerre italo-turque de 1911. Un traité non ratifié, qui ne peut par conséquent constituer une source de droit international conventionnel, peut-il être cependant invoqué en tant que coutume.

La question s'est posée, au sujet de la déclaration de Londres du 26 février 1909 sur le droit maritime à appliquer en cas de prises, elle a été résolue affirmativement par les tribunaux de prises italiens, entre autre dans l'affaire Aghios Georghios du 12 mars 13 mai 1912[1].

Si la même question, il faut remarquer la rédaction de l'article 7 du projet de l'Institut américain de droit international de 1917. Ce texte déclare que « les traités ou autres actes internationaux conclus par un certain nombre d'Etats peuvent devenir obligatoires pour tous les Etats du monde ou pour

XIII de La Haye) ne fait qu'exprimer le droit des gens consacré par la coutume ». Le représentant de la France, dans son discours, parle de « conventions qui ne font que consacrer le droit existant » et que l'on se trouve ici en présence de règles qui ont la double valeur de règles conventionnelles et de règles coutumières. *Id.*, série C, p. 10 et 182. — V. également, p. 48, le contre-mémoire allemand. — Arrêt n° 2, Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine : le gouvernement grec, voulant rappeler la règle qui dispose qu'en droit international tous les droits valablement acquis par des particuliers dans un territoire donné conservent leur force et valeur malgré le changement de souveraineté survenue sur ce territoire, déclare que cette règle « est née de la coutume des nations comme principe de justice et d'utilité publique », *id.*, série C, p. 105 et 462 et suiv. — Arrêt n° 16, Commission internationale de l'Oder : le représentant de la Pologne affirme que les art. 108 à 117 du traité de Vienne, qui forment la grande charte du droit fluvial, ne sont que la codification et l'expression d'un véritable droit coutumier, *id.*, série C, p. 162 et suiv. — Arrêt n° 53-1933 : Statut juridique du Groenland oriental. Le gouvernement norvégien, dans son contre-mémoire, s'occupe de l'art. 34 de l'Acte général de la Conférence africaine à propos de la notification nécessaire pour l'occupation effective de *terrae nulliae* ; quoique les stipulations de cet acte, dit-il, ne concernent expressément que l'Afrique, on admet généralement que leur portée est universelle et qu'il faut les regarder comme l'expression d'un principe d'une valeur générale en droit des gens. A ce propos, il rappelle l'affaire des îles Carolines qui a opposé l'Allemagne à l'Espagne et dans laquelle, pour nier l'existence d'une notification à son égard, l'Allemagne se basait à la fois sur les traditions et sur les stipulations arrêtées par les puissances aux conférences de Berlin. Dans ce cas, la situation est malgré tout coutumière et les parties se conforment à ce caractère, n° 53-1933, série C, p. 498.

1. P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 1re partie, t. 1, p. 47.

tous les Etats d'un continent, s'il est établi que la règle ou les règles y posées ont acquis par la suite le caractère d'une règle coutumière, universelle ou continentale ; ce caractère acquis, la règle ne peut plus être changée par la seule volonté des Etats qui ont signé les traités »[1].

Section II

Coutume et principes généraux.

L'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internatiinale indique comme troisième source du droit, à côté du droit conventionnel et du droit coutumier, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Les rapports de la coutume avec ces principes généraux sont particulièrement difficiles à éclairer. Cela tient au caractère de l'une et l'autre source du droit, caractère qui, malgré les efforts des juristes et des cours internationales, n'a pas encore acquis toute la précision désirable.

Nous avons comparé la coutume au droit conventionnel, aucune discussion ne pouvant s'élever sur l'existence et la nature de ce dernier, la distinction et l'étude comparative de ces deux ordres de règles n'offraient aucune difficulté intrinsèque. Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de distinguer la coutume des principes généraux du droit des gens.

La principale difficulté tient à la controverse qui existe sur la nature de ces principes généraux.

De la solution de cette controverse dépend dans une certaine mesure la délimitation du droit coutumier, puisque toute règle qui ne sera pas considérée comme principe général rentrera par cela même dans le domaine coutumier.

1. *Id.*, p. 48.

Il sortirait du cadre de cette étude de nous étendre sur les discussions qui ont partagé les auteurs au sujet de la nature de ces principes.

D'après certains juristes ils ne seraient qu'un succédané de la coutume, pour ainsi dire une autre désignation pour un droit semblable et de même origine. Pour d'autres ils constitueraient une source du droit tout à fait distincte et de plus éminemment supérieur à toutes les autres. Les principes généraux, véritable fondement du droit international, axiomes des rapports entre Etats, s'imposeraient à eux en dehors même de leur consentement, au contraire des traités ou de la coutume considérés comme sources consensuelles du droit des gens.

Les deux conceptions se sont souvent opposées dans l'esprit des juges sans pour cela qu'ils aient exprimé un choix bien net entre l'une ou l'autre ; il en résulte qu'on trouve souvent les mots de « principes généraux du droit » employés au lieu de « principes du droit coutumier » et vice-versa.

A. — Déjà l'article 7 de la Convention relative à la Cour Internationale des Prises mentionnait à titre subsidiaire l'existence de « principes généraux de la justice et de l'équité ». Cela avait été admis sur l'initiative de M. L. Renault, qui avait proposé que dans le cas où il n'existerait ni traité ni coutume, la Cour statuât d'après les principes généraux de la justice et de l'équité, mais il avait ajouté il est vrai que dans ce cas la Cour serait appelée à faire du droit[1].

Les principes généraux cependant ont été consacrés comme source distincte par l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Ils apparaissent alors comme nettement séparés d'une part de la coutume, d'autre part de l'équité.

1. *Documents de la 2e Conférence de la Paix*, t. 1, p. 191.

Cette mention a fait l'objet de nombreuses discussions au sein du Comité des juristes chargé de l'élaboration d'un avant-projet de statut.

Lord Phillimore, en particulier, soutenait l'inutilité d'un troisième paragraphe concernant les principes généraux, car il considérait que tous les principes de droit commun, comme par exemple celui de l'autorité de la chose jugée, ou celui que la partie demanderesse doit prouver son argument sous peine d'être déboutée, sont en fait des règles de droit international [1]. C'est introduire, disait-il, une distinction qui n'a pas de raison d'être, car la coutume internationale visée par le numéro 2 étant une pratique commune acceptée comme loi par les nations constitue en somme le droit international. Dans ces conditions, la clause 3, ou bien rentre dans cette clause 2, ou bien constitue une addition. De toutes façons, on ne peut sortir du cadre de cette dernière clause, et il proposait d'ajouter à la formule « règles de droit international » du projet auquel il se référait, les mots « quelle que soit la source d'où ils découlent ».

Mais cette proposition ne permettait pas de résoudre la question du *non liquet*, et sur l'opposition de plusieurs membres du comité, les principes généraux furent mentionnés comme source distincte.

M. de Lapradelle ayant alors posé la question de savoir comment on reconnaîtrait les principes généraux sans recourir à la doctrine et à la jurisprudence mentionnées dans l'alinéa 4 de l'article 38, Lord Phillimore lui répondit que c'étaient les principes acceptés par toutes les nations « *in foro domestico* » c'est-à-dire dont le caractère universel était attesté par la conformité de toutes les législations internes du monde civilisé [2].

1. Procés-verbaux des séances du comité, p. 316 et suiv.
2. Procès-verbaux des séances du comité des juristes, p. 335.

B. — En jurisprudence on retrouve en cette matière la même évolution qui a déjà été mise en lumière en étudiant l'historique de la coutume. On constate que la terminologie d'abord très incertaine, se précise à mesure qu'on se rapproche de la période contemporaine, mais, remarque capitale, loin de donner aux principes généraux une place de plus en plus marquée, ce progrès de la terminologie met au contraire en évidence que les principes généraux n'ont pour la plupart du temps aucune existence propre, ils ne sont eux-mêmes que l'origine de la coutume et dans son dernier état ; la jurisprudence la plus significative de l'heure, celle de la Cour Permanente de Justice Internationale, n'a pas rendu un seul arrêt qui fut basé sur un principe général.

L'expression « principes généraux » était autrefois couramment employée pour désigner la coutume, nous l'avons suffisamment montré dans le chapitre Ier pour qu'il ne soit pas besoin d'y revenir. Très rares sont les décisions comme celle qui a mis fin à l'affaire Fabiani en 1896, ou celle qui a été rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage dans l'affaire de l'île de Timor et où l'arbitre prend soin de définir la nature des règles qu'il applique[1]. Il arrive souvent aussi, pour plus de certitude, que le juge invoque à la fois la coutume et les principes généraux, comme dans l'affaire de l'indemnité de guerre tranchée entre la Russie et la Turquie par la Cour Permanente d'Arbitrage, le 11 novembre 1912[2].

Nous avons vu que la terminologie employée par la Cour Permanente de Justice Internationale et les tribunaux arbitraux après 1920 marque un effort vers plus de netteté, et cela grâce à la rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour.

Cependant de nombreuses exceptions peuvent encore être relevées. La Cour Permanente de Justice Internationale a,

1. 25 juin 1914, Pays-Bas /Portugal, J.B. Scott, *Sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage* , p. 388 et suiv.
2. J.B. Scott, *id.*, p. 334.

dans d'importantes décisions qui seront examinées plus loin, fait appel à la coutume internationale. Beaucoup plus souvent, elle a invoqué des « principes élémentaires du droit international », « principe de droit international », principes du droit des gens sans spécifier davantage leur véritable nature[1].

Nous n'avons pas l'intention de passer ces décisions en revue car ce serait sortir du cadre de ce travail, mais leur examen permet cependant d'affirmer que si la Cour a bien fait appel à des principes élémentaires communs du droit international, elle n'a pas entendu baser ses décisions sur un droit aussi vague. Ces expressions variées signifient uniquement le souci de la Cour de remonter à la source du droit commun coutumier selon la méthode juridique. En réalité, ces principes élémentaires communs sont de la coutume et même de la coutume si bien assise et certaine, qu'elle est absolument générale et indiscutée dans le monde civilisé[2].

1. C'est ainsi que l'arrêt n° 2 relatif à l'affaire des concessions Mavrommatis en Palestine qualifie de principe élémentaire du droit international « celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. (30 août 1924, Grande-Bretagne /Grèce, série A, p. 12). — De même l'arrêt n° 7, relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie, déclare que le droit reconnu à la Pologne de procéder à certaines expropriations en Haute-Sélésie est tout à fait exceptionnel, car il est contraire au « principe du respect des droits acquis, admis par le droit international commun, (25 mai 1926, Allemagne /Pologne, série A, p. 42).

On peut encore citer l'arrêt n° 9 relatif à l'affaire du *Lotus* qui porte que « c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » (7 sept. 1927, France /Turquie, série A, p. 21). — L'arrêt du 7 juin 1932 relatif aux zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex entre la France et la Suisse, pour le principe *rebus sic stantibus* (N° 46-1932, France /Suisse). — L'arrêt relatif à l'affaire Oscar Chinn entre la Grande-Bretagne et la Belgique dans lequel la cour considère comme principe du droit des gens le principe du respect des droits acquis (N° 63-1934, série A.B, p. 82 et 87 et suiv.). — On peut encore ajouter à cette liste très sommaire les affirmations du juge *ad hoc* Séfériadès contenues dans l'opinion dissidente qu'il a formulée à propos de l'affaire des Phares en Crète et à Samos. Ce dernier considère comme un principe général du droit reconnu par toutes les nations civilisées la règle que tout traité stipulant des services doit être interprété restrictivement, de telle façon que la servitude, droit exceptionnel attaché au territoire d'un Etat, ne limite qu'au minimum la souveraineté de cet Etat (N° 71, 8 oct. 1937, France /Grèce, série A.B, p. 137-138).

2. Voy. *supra*, p. 95, note 1, l'opinion exprimée par M. Kopermanas.

C. — Revenons un peu en arrière pour examiner si dans le cadre de l'article 38, un certain ordre successif, autrement dit une hiérarchie, peut être dégagée entre la coutume et les principes généraux.

Dans son cours professé à l'Académie de droit international de La Haye en 1929, le Professeur Verdross, parlant des principes généraux, déclare :

« D'après la jurisprudence internationale, ces principes n'ont qu'un caractére subsidiaire. Ils ne peuvent donc être invoqués qu'en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières. En d'autres termes, le tribunal doit d'abord examiner si le litige est régi par des règles du droit conventionnelles ou coutumières. S'il y a de telles normes réglant clairement la question, elles doivent être appliquées. Mais à défaut de celles-ci, la demande ne peut pas être repoussée en droit. Il incombe alors au tribunal de s'inspirer des principes de droit interne reconnus par les nations civilisées, et de décider ensuite en s'appuyant sur ces principes »[1]. Il ne peut être plus clairement indiqué que le juge international ne peut faire appel aux principes généraux du droit qu'en cas de carence des règles coutumières.

Cette opinion ne fait du reste aucun doute tant d'après les décisions internationales que d'après les auteurs qui ont eu à s'occuper de la question.

Nous avons vu, en étudiant la hiérarchie des sources coutumières à propos des rapports du droit conventionnel et du droit coutumier[2], que le projet du Comité des juristes avait entériné la proposition de son président, le baron Descamps, laquelle admettait un ordre hiérarchique, mais que par la suite, cet

1. *Publications de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929, t. 5, p. 305. — V. aussi, A. de Lapradelle, *Cours de doctorat*, 1932-1933, 18e leçon, p. 13.
2. Voir *supra*, p. 53 et suiv.

ordre avait été supprimé par la sous-commission de l'assemblée de la Société des nations.

Il en résulte que l'article 38 n'établit pas un ordre hiérarchique mais cependant nous avons de nombreuses preuves de l'admission du caractère subsidiaire des principes généraux dans la jurisprudence.

La meilleure réside dans le célèbre arrêt du Lotus. La Cour Permanente de Justice Internationale déclare à un certain moment que les limitations à l'indépendance des Etats ne se présument pas. Elle ajoute alors :

« Or la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale, elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention »[1]. Ainsi le principe de l'indépendance de l'Etat et ceux qui en découlent cèdent le pas à une règle contraire de nature coutumière.

Nous lisons également, dans l'opinion dissidente émise par le juge Loder à propos de la même affaire du Lotus :

« Il me paraît évident que telle est la conséquence logique du principe fondamental que nous venons de constater (celui qu'aucune loi nationale ne peut s'étendre ni exercer sa force obligatoire en dehors du territoire national). Mais il est évident aussi que cette conséquence cède à une convention contraire quelconque ou une exception généralement et même tacitement admise par le droit des gens. Comme toute exception cependant elle sera d'interprétation stricte et ne saurait être substituée à la règle bien fondée »[2].

1. Arrêt n° 9, *Publications de la Cour*, série A, p. 18.
2. *Publications de la Cour*, série A, p. 34.
Cette même affirmation se retrouve dans les travaux préparatoires de diverses

Section III

La coutume dans ses rapports avec les usages, et le droit interne.

Avant d'en terminer avec la place de la coutume parmi les sources du droit des gens et ses rapports avec ces dernières, il convient de donner un aperçu des rapports de la coutume avec d'autres manifestations de la vie juridique, qui ne sont pas considérées comme des sources directes du droit des gens, mais qu'il faut cependant distinguer de la coutume. Il s'agit des usages et du droit interne.

§ 1. — *Coutume et usage.*

L'usage, au sens strict du mot, se différencie nettement de la coutume. Comme elle, son mode de formation consiste dans la répétition d'un même fait. Comme elle, il tire sa force de précédents. Mais il s'en différencie en ce qu'il n'est pas revêtu de force obligatoire.

L'usage est à la base de la coutume. C'est lorsque l'usage devient obligatoire qu'il se transforme en coutume. Le moyen le plus simple de présenter la différence qui existe entre eux est de rappeler la célèbre parabole de Cobbett sur la formation du sentier dans un champ : l'herbe foulée aux pieds par les

décisions de la C.P.J.I., — Par exemple dans ceux de l'arrêt du *Lotus* dans le contre-mémoire français, série C, p. 249 et 253 et dans le contre-mémoire turc, observations du professeur Diena, série C, p. 321.

Travaux préparatoires de l'avis n° 13, relatif à la compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron, du 23 juillet 1926 : consultations de MM. Berthélémy, Le Fur, J. de la Morandière versée aux débats par l'Organisation internationale des employeurs industriels : s'occupant du principe de la souveraineté de l'Etat, elle affirme que « le principe est la liberté de l'Etat dans les points où il n'est pas lié par les traités conclus par lui ou par une coutume internationale précise, série C, p. 194.

passants suivant la même direction forme peu à peu le sentier sur lequel d'autres promeneurs s'engageront à leur tour. Le moment précis où ce sentier devient visible est difficile, sinon impossible à déterminer[1]. C'est cependant un simple usage, résultant de la commodité du tracé, qui peu à peu accentue la formation du sentier. Et de même qu'il est très difficile de préciser l'époque de formation du sentier, il est délicat de fixer le moment où l'usage, devenu obligatoire, s'est transformé en coutume.

La grande ressemblance de l'usage et de la coutume fait qu'il est très fréquent de les confondre.

Nous avons vu, en étudiant l'historique des arbitrages, que l'expression « usages » est couramment employée à la place de la coutume dans les compromis ou les décisions anciennes.

La jurisprudence récente l'emploie également. Mais elle a soin de parler « d'usages acceptés » ou « « établis », prouvant ainsi la force obligatoire des usages constatés, et par conséquent leur nature coutumière.

C'est ainsi que dans l'affaire des Pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, la Cour Permanente d'Arbitrage, à propos de la règle des trois milles, reconnaît que les conventions et « l'usage établi » peuvent être considérés comme des titres propres à faire échec à l'application de cette règle aux baies[2].

De même dans l'arrêt n° 9 relatif à l'affaire du Lotus, la Cour Permanente de Justice Internationale déclare que « les règles de droit liant les Etats procèdent... de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme constatant des principes de droit[3]...

1. J. Cobbett, *Cases and opinions on international law*, 1re partie, p. 5 et 6.
2. J.B. Scott, *Sentence de la C.P.J.I.*, du 7 sept. 1910, p. 194.
3. *Publications de la Cour*, série A, p. 18.

Par contre, dans l'affaire de la capture des bateaux de pêche Paquete Habana et Lola, la Cour suprême des Etats-Unis a nettement fait la différence entre coutume et usages, au moment où elle déclare qu'en l'absence de traité, d'acte du pouvoir législatif ou exécutif, et de précédent de jurisprudence c'était aux « coutumes et usages des autres nations civilisées » qu'il convenait de se reporter[1].

On constate chez les juges qui ont eu à exprimer leur opinion individuelle à propos de litiges qui leur étaient soumis une tendance analogue à employer le terme usage à la place de celui de coutume.

C'est ainsi que dans son opinion dissidente publiée à la suite de l'avis n° 14 rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale à propos de la compétence de la Commission européenne du Danube, le juge Negulesco déclare qu'un usage immémorial peut conduire à une diminution de la souveraineté d'un Etat au profit d'un autre Etat[2].

De même dans leur opinion dissidente exposée à propos de l'affaire du Wimbledon, les juges Anzilotti et Huber parlent d'« usage tout à fait général »[3].

A propos de l'affaire précitée des Pêcheries Nord-Atlantique l'arbitre Drago, dans l'exposé des motifs de son dissentiment, se sert de l'expression « usage immémorial » à propos de l'application de la règle des trois milles aux baies pénétrant profondément dans la terre. Dans la suite de sa dissertation cependant, à propos des baies ordinaires, il se déclare partisan du « principe général découlant de la coutume et de l'usage de chaque nation individuellement considéré »[4].

1. J.B. Scott, *Prize cases decided in the United States supreme Court*, t. 3, p. 2065.
2. *Id.*, série A, p. 104 et suiv.
3. Arrêt n° 1, *Publications de la Cour*, série A, p. 40.
4. J.B. Scott, *Sentences de la C.P.A.*, p. 207. — V. encore avis n° 6 relatif à certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne du 10 septembre 1923, série C, p. 706 et 707.

Nota. — Voir, 2e partie, p. 109 et suiv., le § consacré aux actes de courtoisie et de tolérance.

Une fois de plus on peut se reporter au chapitre Ier où sont rassemblés les exemples tirés de la jurisprudence ancienne.

Le critérium qui permet de distinguer la coutume des usages est double. Tout d'abord, c'est la répétition et la durée, élément matériel sur lequel nous aurons à revenir en traitant de la théorie générale de la coutume.

C'est aussi un élément intellectuel, l' « *opinio juris* », c'est-à-dire la conscience que la règle dont il s'agit a un caractère obligatoire.

Le simple usage au contraire est plutôt une pratique de courtoisie, habitude consacrée par une sorte de mode internationale, mais qui n'est revêtue d'aucun caractère obligatoire.

Les exemples que nous venons de donner et qui sont tirés de la jurisprudence contemporaine ne se rapportent en réalité qu'à de la véritable coutume, le mot usage est toujours accompagné d'une phrase ou d'une épithète qui le renforce singulièrement et lui donne tous les caractères du droit coutumier : la durée et la force obligatoire.

Ajoutons que le projet primitif de rédaction de l'article 38 du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale proposé par le baron Descamps, président du Comité de juristes, déclarait appliquer : 1) le droit international conventionnel et 2) l'usage international. Mais cette expression a été par suite remplacée au cours de la discussion par l'article 35 tel qu'il est reproduit *supra*, p. 53.

§ 2. — *Coutume et droit interne.*

La question des rapports de la coutume avec le droit interne donne lieu à deux sortes de problèmes.

D'abord le droit interne joue un certain rôle dans la formation et l'évolution des règles coutumières. Il peut constituer

un précédent. Ce problème sera étudié plus loin en même temps que les autres précédents susceptibles d'influer sur la formation du droit coutumier[1].

D'autre part, il peut arriver qu'au cours du règlement d'un litige, des Etats parties se prévalent de leur droit interne pour faire admettre par le juge une règle qui leur est favorable. C'est la question qui nous intéresse au premier chef, celle de l'application de la coutume en présence d'une règle de droit interne.

Le problème qui se trouve ainsi posé entre bien dans le cadre général de celui des rapports du droit interne avec le droit international. Nous nous contenterons d'examiner quelques aspects des rapports de la coutume et du droit interne dont a eu à s'occuper la Cour Permanente de Justice Internationale.

La Cour Permanente de Justice Internationale s'est occupée de deux aspects du problème des rapports du droit international coutumier et du droit interne.

Dans l'arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en Haute Silésie, la Cour, dans le cas spécial qu'elle avait à juger, a reconnu que certains principes de droit international permettaient aux étrangers d'être mieux protégés que les nationaux des pays dont ils sont les hôtes.

Les lois d'expropriation d'un pays, bien qu'établissant une égalité parfaite de traitement entre nationaux et étrangers, doivent cependant répondre aux principes fondamentaux admis à ce sujet par tous les Etats civilisés. Pour pouvoir s'appliquer aux étrangers. Cette idée a été admise même dans l'hypothèse où les pays intéressés auraient signé un traité spécial établissant le principe d'égalité.

Ainsi, dans ce cas, on constate la supériorité du droit inter-

1. Voir *infra*, p. 193 et suiv.

national coutumier sur le droit interne, même malgré la volonté contraire, expressément formulée d'un Etat déterminé [1].

Nous retrouvons cette même idée de la supériorité du droit coutumier exprimée par M. de Bustamante dans son opinion dissidente publiée à la suite de l'arrêt n° 15 de la Cour ayant trait aux emprunts brésiliens en France. L'auteur se place sur le terrain de l'inexistence de toute règle de droit international, conventionnelle ou coutumière. « Il n'y a rien dans cette tâche dit-il, (rechercher quel droit national doit être appliqué) qui soit contraire à notre juridiction ou à notre compétence. Dans plusieurs problèmes, classés sans aucun doute dans les cadres du droit international public, il advient très souvent qu'aucune règle universelle, conventionnelle, ou coutumière, n'a été acceptée ou observée, et qu'il faut choisir une règle internationale observée et maintenue par un Etat comme un principe de son droit national » [2].

Ce n'est donc d'après cet auteur, qu'en l'absence de toute règle positive de droit international public, admise par la communauté des Etats, que, dans un cas particulier, le juge est autorisé à puiser dans le droit interne d'un Etat partie au litige.

Notons toutefois que, de même que les livres tenus par un commerçant peuvent être invoqués contre lui par ses adversaires, et qu'il ne peut lui-même s'en prévaloir que s'ils sont régulièrement tenus, de même il est logique de conclure que les lois internes d'un Etat ne pourront être invoquées par lui que si leur sens a été clairement établi par une longue pratique antérieure.

Citons encore l'arrêt n° 14 de la Cour Permanente de Justice Internationale qui a trait à la question des emprunts serbes en France. Il s'agissait de savoir en l'espèce si la loi française

1. G. Gidel, *Revue de Droit international*, t. 1, p. 76 et suiv. et surtout p. 128 et suiv.
2. Arrêt du 12 juillet 1929, *Publications de la Cour*, série A, p. 129.

devait être appliquée. Voici la distinction établie par la Cour : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie des conflits des lois. Les règles en peuvent être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international régissant les rapports entre les Etats. Mais à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne »[1].

Ainsi la Cour Permanente de Justice Internationale reconnaît-elle le caractère international non pas au droit interne à proprement parler, mais aux conventions entre Etats dont le but est précisément l'application du droit interne. Une telle convention a ainsi pour effet d'internationaliser la loi interne et cette remarque, revêtue de la haute autorité de la Cour permanente de justice internationale doit être précisément retenue pour aider à la distinction souvent très délicate entre les règles du droit international public et celles du droit international privé.

Section IV

Coutume et sources subsidiaires mentionnées dans l'alinéa 4 de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale.

Nous avons passé en revue assez rapidement les fonctions de la coutume internationale en présence des règles issues du droit conventionnel, des principes généraux du droit, des usages et du droit interne.

1. Arrêt du 12 juillet 1929, *id.*, série A, p. 41.

C'est généralement l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale qui a servi de plan à cet examen et son dernier alinéa ne peut pas être passé sous silence.

Il est ainsi rédigé :

« La Cour applique 4° sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et les doctrines des publicistes les plus qualifiés des diverses nations comme moyen auxiliaire de détermination des sources du droit ».

Il faut cependant en convenir, aucun des moyens subsidiaires indiqués au juge pour étayer sa sentence n'est de taille à entrer en conflit avec une coutume internationale.

La jurisprudence et la doctrine sont toutefois de très importants éléments constitutifs de la coutume internationale, nous avons eu l'occasion de le souligner dans cette première partie en citant le Consulat de la Mer et les divers corps de droit coutumier au Moyen-Age.

C'est dans la troisième partie que le rôle de la doctrine et de la jurisprudence sera étudié en tant que sources du droit international coutumier.

DEUXIÈME PARTIE

Construction
d'une
théorie générale de la coutume
par la jurisprudence internationale

CHAPITRE PREMIER

POSITION DE LA QUESTION

Malgré les divergences que les quelques disputes qu'on vient de lire ont fait apparaître entre les divers ordres de tribunaux internationaux d'une part et entre les diverses conceptions nationales du droit des gens d'autre part, il est remarquable que le progrès des relations juridiques internationales se reconnaît principalement à l'acheminement vers une langue juridique universelle.

Les améliorations de la terminologie ont été souvent signalées et toujours relevées comme le signe d'un progrès, la précision et l'unification vers lesquelles tendent tous les efforts des juristes qui pratiquent quotidiennement le droit international sont le signe concret à quoi l'on reconnaît une évolution sans cesse renouvelée de la conscience juridique de l'humanité.

L'étude que nous entreprenons maintenant d'une théorie générale de la coutume sera basée le plus souvent sur une unification des divers concepts juridiques internationaux, unification qui n'a pu être obtenue que par un accord sur le sens de certaines expressions déterminées. Nous venons de rappeler les difficultés qui ont surgi au sein même du Comité des juristes chargé de la rédaction du Statut de la Cour Perma-

nente de Justice Internationale au sujet de la différence entre la coutume et les principes généraux ; nous allons voir cette cour, une fois constituée, s'attacher à dégager une série de critères auxquels on reconnaît la coutume internationale.

a) *Tribunaux arbitraux.*

Si l'on envisage d'abord les sentences rendues par les tribunaux arbitraux, on constate que le soin de dégager une théorie générale leur est à peu près resté inconnu. L'influence de la Cour Permanente de Justice Internationale ne s'est, à cet égard, que très faiblement fait sentir sur les sentences arbitrales rendues depuis 1920, et la raison de cet état de chose est intéressant à rechercher.

Une terminologie rigoureuse exige une étude approfondie de la question des sources du droit en elle-même, elle demande au juge un effort portant sur la technique du droit.

Or en matière d'arbitrage, le principal souci du juge est d'aboutir à une solution acceptable pour toutes les questions en cause. Il ne s'agit certes pas de médiation, l'arbitre doit rester dans les limites strictes qui lui ont été fixées par le compromis et décider suivant ce qu'il croit être le droit. Mais l'arbitrage a trop souvent côtoyé la médiation pour que, préoccupé d'un résultat pratique, il ait le loisir d'édifier des théories générales. Cette tendance se reflète particulièrement dans les sentences arbitrales où, à côté du pouvoir de juger selon le droit, le juge reçoit celui de juger en équité. Il y a peut-être aussi là une influence de la pratique des commissions mixtes.

Quoiqu'il en soit, l'examen des arbitrages prouve qu'une étude théorique est par nature contraire à cette forme de la justice internationale. Les juges y ont pour mission de régler des conflits particuliers, ce n'est qu'indirectement que leurs sentences sont appelées à constituer une jurisprudence.

Ce qui manque le plus aux sentences arbitrales pour constituer une jurisprudence c'est un lien entre les diverses décisions. Ce caractère est mis en lumière par M. Politis dans son livre intitulé « *La Justice internationale* » : Les décisions arbitrales, dit-il, ne sauraient créer une véritable jurisprudence « En effet... le système de la justice facultative... ne comporte ni unité d'organe, ni continuité de fonction, ni lien conscient entre les divers procès. Les arbitres se succèdent sans se connaître et sans soupçonner l'œuvre de leurs prédécesseurs. Les précédents ignorés ne fournissent pas de guide »[1].

Il est très difficile également de tirer quelque chose de positif des sentences internationales lorsque le juge ne s'exprime pas clairement. Dans l'article qu'il a publié dans la *Revue de droit international*[2], M. Kopelmanas a cité à l'appui de cette idée la sentence rendue par le président du Chili le 1er août 1870 dans une affaire qui a opposé l'Argentine et la Grande-Bretagne[3], et aussi la décision qui a réglé l'attribution de la baie du Délagoa entre la Grande-Gretagne et le Portugal le 29 mars 1900[4]. Ces sentences affirment que telle ou telle règle est « universellement admise ». Quelle est, ajoute-t-il, la provenance exacte de ces règles ? les arbitres ne se prononcent pas à ce sujet. Cela peut résulter de l'ensemble des législations internes comme de la coutume. Toute conclusion est arbitraire sur ce point.

Cependant les observations que nous avons relevées dans notre première partie, doivent nous garder d'une appréciation trop catégorique. Il est incontestable que, même dans la

1. P. 93.
2. 1938, 1re sem., p. 136, note no 53, *Essai d'une théorie des sources formelles du Droit international.* Cet auteur cite également la sentence de M. Asser dans les affaires Cape Horne Pigeon, Hamilton Lewis, White, Kate and Anna de déc. 1902, dans les *Archives diplomatiques*, 1901-02, III, p. 281.
3. La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, p. 67.
4. *Id.*, p. 170.

justice arbitrale, on constate une évolution qui se manifeste en particulier dans l'amélioration de la terminologie.

D'autre part, en dehors de toute idée de changement, on est obligé de constater une sorte de tradition dans la procédure et même la reddition des sentences. Ainsi les compromis fixent-ils généralement un délai à l'arbitre pour trancher le litige. On remarque également que les compromis sont, pour un même pays, rédigés d'une façon analogue.

En contrepartie des observations faites par M. Politis, il faut donc remarquer d'une part que le choix des parties se porte fréquemment sur les mêmes arbitres, les personnes ou les institutions susceptibles de remplir ces fonctions n'étant pas si nombreuses, d'autre part la qualité même des parties en cause et ici encore leur nombre assez restreint. Ces deux facteurs contribuent pour une part non négligeable à l'établissement d'une jurisprudence, ou si l'on préfère d'une tradition dans le droit arbitral.

b) *Cour Permanente de Justice Internationale.*

Cette institution possède l'appoint que l'on considère généralement comme le plus important en faveur de l'établissement d'une jurisprudence, celui de la permanence. Mais ce caractère n'est pas le seul que l'on soit à même de relever si l'on recherche les facteurs qui concourrent à créer et à maintenir une haute tradition juridique dans les arrêts rendus par la Cour de La Haye.

Comme l'a précisé M. Loder au cours des travaux préparatoires de l'article 38, la Cour a le devoir de développer le droit, de faire « mûrir » les coutumes et les principes universellement reconnus, de les cristalliser sous la forme de règles positives, en un mot de fixer la jurisprudence internationale[1].

1. Travaux préparatoires du Statut de la C.P.J.I., par le comité des juristes, p. 293 et suiv.

En dehors de ce souci professionnel dicté par la nature même des fonctions confiées aux membres de la Cour, ceux-ci sont portés à envisager le droit à appliquer sous l'angle qui nous intéresse de par leur personnalité elle-même. Aussi va-t-on assister à un essai réel de systématisation qui se retrouvera aussi bien dans les travaux préparatoires des arrêts que dans les arrêts eux-mêmes.

Cela tient aussi beaucoup au sentiment d'homogénéité et de durée que donne la Cour Permanente de Justice Internationale. Bien plus que les membres des tribunaux arbitraux, choisis par les parties en cause pour le règlement d'un litige déterminé, les juges de cette Cour se présentent comme dégagés des conflits portés devant eux. Leur nomination antérieure à tout litige, leur caractère permanent (pour la première fois dans le droit des gens, si l'on excepte la Cour Centre-américaine qui a fonctionné pendant dix ans de 1908 à 1918, entre la plupart des États de l'Amérique centrale[1]) qui leur évite de se séparer après la reddition de chaque arrêt, contribuent ainsi à les détacher des plaideurs et de leurs dissentiments.

D'autre part, le nombre des juges, l'importance et la qualité de la procédure, le sentiment des parties de plaider devant la plus haute juridiction du monde, débarrassent les débats des contingences matérielles et tendent à élever la discussion aux pures questions juridiques.

Ces considérations, qui expliquent l'effort tenté par la Cour Permanente de Justice Internationale vers une systématisation du droit international, sont renforcées par la pratique des avis dissidents. Cette pratique incite les juges à énoncer leur point de vue d'une façon nette, qui aiguise la critique et favorise l'élaboration des constructions générales. C'est ainsi

1. J. Basdevant, *Revue de droit international public*, t. 16, p. 99 ; Descamps et Renault, *Traités du* XX^e^ *siècle*, 1902, p. 161.

qu'une décision comme celle qui a terminé l'affaire du Lotus a favorisé la fixation de nombreux points de droit.

Devons-nous toutefois, dans une étude consacrée à la jurisprudence, prendre ces avis en considération, ou bien au contraire doivent-ils être tenus pour des documents de caractère doctrinal.

En fait, ils procèdent à la fois de la doctrine et de la jurisprudence, mais pour l'intérêt qu'ils présentent nous ne pouvons manquer de faire les remarques suivantes :

D'abord les avis dissidents sont toujours formulés à propos d'un cas concret et par un magistrat qui a pris connaissance du dossier complet de l'affaire en cause.

Ensuite ils sont publiés à la suite des arrêts et sont considérés comme faisant partie intégrante de ceux-ci. On ne saurait par exemple se référer à l'arrêt de la Cour comportant des avis dissidents, sans exciper en même temps de leur existence, de leur nombre et de leur teneur.

Enfin les avis dissidents ont une valeur de précédents judiciaires à laquelle une étude doctrinale ne saurait jamais prétendre.

Les facteurs qui viennent d'être énumérés et dont la concurrence explique que la Cour Permanente de Justice Internationale ait été bien plus à même que les tribunaux arbitraux de dégager les lois d'une théorie générale de la coutume, ne doivent pas faire perdre de vue les difficultés qu'a rencontré la Cour dans cette tâche.

La difficulté principale n'est autre que l'extrême prudence qu'elle doit montrer dans la rédaction de ses arrêts.

Fondée peut-être plus tôt qu'il ne semblait possible, obligée de se faire accepter, la Cour préfère ne pas trop dogmatiser pour ne pas heurter et pouvoir durer[1].

1. A. de Lapradelle, *Cours de doctorat*, 1932-1933, première leçon, p. 20.

On est ainsi obligé de constater que si de nombreux points de droit ont été éclairés, particulièrement en ce qui concerne les précédents de la coutume et sa formation, d'autres, encore plus nombreux, ont été laissés dans l'ombre.

Dans un article déjà cité, M. L. Kopelmanas écrit :

« Il est en général assez hasardeux de chercher dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale les éléments d'une théorie générale des sources du droit, car... la Cour n'indique pas volontiers les précédents sur lesquels elle fonde ses sentences. Il faut être bien prudent lorsqu'on cherche l'origine de tel ou tel autre principe affirmé par la Cour Permanente de Justice Internationale et procéder à une véritable étude du droit international en la matière. Lorsqu'on confronte les principes généraux que M. Verdross invoque pour prouver que certains principes n'ont pas besoin d'être confirmés par les sources formelles pour faire partie de l'ordre international positif, avec le droit international antérieur à la décision, on constate que tous ces principes ont déjà été concrétisés dans le droit international coutumier ».

Et il cite comme exemple le principe de la responsabilité du dommage causé[1].

1. *Revue de droit international*, 1938, 1er sem., p. 136, note no 53. — Voy. *supra*, p. 91, note 2.

CHAPITRE II

ELEMENT DE FAIT DE LA COUTUME

Nous avons vu au début de cette étude qu'il ressort des nombreuses définitions de la coutume que présente la jurisprudence internationale que cette source est formée de deux éléments distincts, un élément matériel, la répétition d'actes uniformes (*consuetudo*), et d'un élément psychologique, la croyance des Etats à leur caractère obligatoire (*opinio juris sive necessitatis*).

Nous allons étudier successivement ces deux éléments. Nous citerons à titre d'exemples :

Dans l'alinéa 3 de l'article 38, le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale assigne à la Cour d'appliquer la coutume comme « preuve d'une *pratique générale* acceptée comme étant le droit ».

De son côté, le juge Negulesco, dans son avis dissident publié à la suite de l'avis n° 41 relatif à la compétence de la Commission Européenne du Danube, déclare en se référant à la doctrine et à la jurisprudence internationale, qu'un usage immémorial consiste « en une répétition ininterrompue des faits accomplis dans le domaine des relations internationales » ... « une continuité de faits depuis un temps immémorial »[1].

1. *Publications de la Cour*, série A, p. 104. Dans les travaux préparatoires, v. discours du représentant de la Roumanie, série C, p. 211.

§ 1. — *Caractères du fait.*

Les caractères que doivent présenter les faits contribuant à la formation de la coutume peuvent être groupés sous trois rubriques :

— Ils doivent d'abord avoir été répétés un grand nombre de fois dans le temps (ancienneté).

— Ils doivent ensuite être appliqués par la grande majorité des Etats (généralité dans l'espace).

— Ils doivent enfin être de nature internationale.

A. — *Répétition du fait. Caractère d'ancienneté.*

Dans ses « *Commentaries upon international law* », Lord Phillimore reproduit une définition du droit des gens d'après une consultation donnée par Lord Mansfield au sujet de l'emprunt silésien confisqué par le roi de Prusse Frédéric le Grand : « Le droit international est fondé sur la justice, l'équité, la convenance et sur la raison ; il est confirmé par un long usage »[1].

Pour être considérée comme une règle du droit des gens une règle juridique a besoin en effet d'une acceptation prolongée, son ancienneté lui conférant une sorte de prestige et une plus grande certitude.

C'est surtout dans les décisions anglo-saxonnes que l'on trouve affirmé ce caractère de répétition dans le temps.

Dans une décision rendue au nom de la Cour suprême des Etats-Unis, le juge Gray dit notamment que « par un usage ancien parmi les nations civilisées, vieux de quelques siècles et progressivement mûri en règle de droit des gens, les vaisseaux côtiers de pêche... sont reconnus... comme non susceptibles de prises de guerre »[2].

1. T. 1, p. 20.
2. Moore, *Digest of international law*, t. 1, p. 8.

A cette occasion, le juge Gray invoque l'autorité de sir James Makintosh qui déclare que « dans notre siècle, un adoucissement lent et silencieux, mais considérable est apparu dans la pratique de la guerre et dans la mesure dans laquelle cette transformation a été sanctionnée par l'écoulement du temps, elle est devenue d'un simple usage une véritable règle du droit des gens »[1].

Nous trouvons également l'affirmation de l'existence de ce caractère dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale particulièrement dans les avis dissidents de ses membres.

C'est ainsi que le juge Negulesco, à propos de la compétence de la Commission européenne du Danube, dénie l'abandon du droit de juridiction de la Roumanie sur le secteur Galatz Braïla en faveur de la Commission européenne pour le motif qu'aucune conscience juridique commune « ni faits répétés depuis un temps immémorial » ne peuvent être produits à l'appui de cette prétention. Un peu plus loin, ce juge ajoute que la formation d'une coutume exige entre autre « une continuité de faits depuis un temps immémorial »[2].

De même, dans son avis dissident publié à la suite de l'avis relatif à l'affaire du statut juridique du Groenland Oriental, le juge Anzilotti parle d'une pratique constante et générale qui attribuerait au ministre des Affaires étrangères le pouvoir de faire aux représentants diplomatiques étrangers des communications relatives aux affaires courantes de son pays[3].

Mais que faut-il entendre par ancienneté de la coutume ?

L'affaire Paquete Habana précitée parle d'une pratique

1. J. Makintosh, *Miscelancous Works*, p. 360. — V. également affaire *The young Jacob and Iohana*, rapportée à l'occasion de cette sentence. — Moore *A Digest of International Law*, t. 1, p. 7.
2. Avis n° 14, série B, p. 104 et suiv.
3. N° 53-1933, série A.B, p. 91.

vieille de plusieurs siècles [1]. Cependant la plupart des sentences qui s'occupent de ce point, estiment suffisant un délai d'un siècle. C'est l'opinion soutenue notamment par l'affaire précitée « The Young Jacob and Iohama » : « Un siècle..., dit-elle, est amplement suffisant pour transformer ce qui a pu être à l'origine un usage... en une règle bien établie du droit des gens » [2].

De même Sir Samuel Evans, dans l'affaire du « Berlin » déclare à propos de la règle de l'immunité des bateaux côtiers de pêche en cas de guerre : « Mais un siècle s'étant écoulé, mon opinion est qu'on a vu s'établir suffisamment la doctrine et la coutume du droit international... » [3].

Dans l'exposé des motifs de son dissentiment à propos de l'affaire des Pêcheries de l'Atlantique nord tranchée par la Cour Permanente d'Arbitrage cet auteur invoque souvent un « usage immémorial » ou encore un « usage continu et séculaire » [4].

En ce qui concerne la Cour Permanente de Justice Internationale, à notre connaissance, la question ne s'est jamais posée devant elle à proprement parler. Elle avait été discutée par les parties en cause au cours des travaux préparatoires de l'affaire Oscar Chinn entre la Grande-Bretagne et la Belgique. Cette dernière avait soutenu que l'on ne pouvait dégager de quatre cas isolés pris au cours d'un siècle une règle coutumière, à propos du principe de libre concurrence, en matière de transports, tant sur la haute mer que sur les voies d'eau soumises au régime international [5]. Mais la Cour, qui a rejeté

1. V. aussi affaire du Groenland oriental, n° 53-1933, contre-mémoire norvégien, série C, p. 500.
2. Moore, *Digest of International Law*, t. 1, p. 7.
3. 29 octobre 1914, Haute Cour de Justice, division d'Amirauté, Fauchille et Basdevant, *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 1, p. 28.
4. J.B. Scott, *Sentences de la C.P.A.*, p. 207.
5. *Publications de la Cour*, série C, p. 108 et suiv., contre mémoire belge.
V. encore affaire du *Lotus*, arrêt n° 9, opinion du professeur Despagnet, cité par le mémoire turc, série C, p. 226 et suiv. — Avis n° 6, relatif aux colons allemands en Haute-Silésie, série C, p. 538 et 550.

la demande britannique, n'a pas répondu sur ce point particulier.

Etant donné l'absence de jurisprudence récente sur ce point, on en est réduit à faire des suppositions sur le sens probable dans lequel la question serait tranchée. Aucune raison ne permet de supposer que le tribunal devant lequel se poserait la question ne continue à appliquer une règle aussi bien établie.

Cependant, des considérations pratiques se rattachant à des nécessités impérieuses, pourraient conduire le juge à ne pas l'appliquer dans toute sa rigueur. C'est l'idée exprimée par M. de Visscher, dans son cours professé à l'Académie de droit international de La Haye, lorsqu'il déclare :

« Non moins que la généralité de son application dans l'espace, la continuité de son observation dans le temps est, dans l'ordre matériel, la condition de la transformation d'une pratique internationale en coutume. Ce qui est essentiel ici, ce n'est pas avant tout l'ancienneté de l'usage ; il y a des usages récents qui sous l'action de nécessités impérieuses, se consolident rapidement et se substituent en peu de temps à une coutume fondée sur des usages anciens »[1].

Et cette remarque contribue d'une façon saisissante à faire comprendre le rôle du temps qui prend une valeur d'autant plus grande que l'empire des nécessités augmente ses exigences.

B. — *Caractère de généralité dans l'espace.*

La généralité de l'application d'une coutume dans l'espace semble à première vue une condition absolument incontestée de son existence. L'article 38 lui-même, dans la sobriété de ses termes, parle de pratique générale.

Cependant, si le principe paraît établi, il n'en est pas moins utile d'en éclairer l'application.

1. *Publications des Cours*, t. 6, p. 351 et suiv.

Le mot généralité n'est pas synonyme d'unanimité. Une coutume, pour exister, ne doit pas nécessairement réunir la totalité des suffrages des pays formant la communauté des Etats. La règle de l'unanimité entraînerait en effet une incertitude beaucoup trop grande dans les rapports internationaux. Cette conception de l'universalité n'est pas sans entraîner des corollaires gros de conséquences ; ces derniers constituent deux théories subsidiaires, celles de la force obligatoire de la coutume et celle des coutumes relatives. Nous exposerons, dans une troisième partie de ce travail, comment un membre de la communauté internationale peut se voir opposer une règle coutumière qu'il n'a pas appliquée pour son compte personnel et comment, à l'opposé, certaines coutumes n'existent qu'entre un nombre strictement limité d'Etats[1].

C. — *Caractère international.*

Le troisième caractère est que la répétition des faits doit porter sur des actes de caractère international, accomplis dans le domaine international.

La nécessité de ce caractère est mis en lumière par deux juges à la Cour Permanente de Justice Internationale, MM. Nyholm et Altamira à propos de l'affaire du Lotus :

« Pour qu'une coutume internationale soit établie... il faut qu'il y ait des actes des Etats accomplis dans le domaine des relations internationales, alors que de simples lois internes ne suffiraient pas », affirme M. Nyholm[2].

« Il faut que les actes soient produits dans le sens même de la règle qu'on voudrait trouver, et cela va sans dire, que, pour ce qui concerne le droit international, ces actes soient aussi de caractère international », déclare M. Altamira[3].

1. V. *infra*, p. 127 et 143.
2. Arrêt n° 9, *Publications de la Cour*, série A, p. 59.
3. *Id.*, p. 96.

Chaque fois qu'un cas concret d'appréciation d'une loi coutumière se présente devant les tribunaux internationaux, ceux-ci sont obligés de rechercher si les trois caractères de répétition de généralité et d'acte dans le domaine international sont réunis, la preuve de ces caractères sera étudiée dans la troisième partie et nous aurons l'occasion d'exposer à ce moment de plus nombreux exemples de jurisprudence.

§ 2. — *Question de l'abstention.*

La première condition nécessaire à la formation d'une coutume est donc l'existence d'un fait. Mais outre les caractères qui viennent d'être énumérés, il est intéressant de rechercher si ce fait peut résulter d'autre chose que d'un acte positif. Ne peut-il pas consister en un abstention ?

La question semble à première vue résolue si l'on considère que l'abstention, c'est-à-dire le fait de s'abstenir de toute action décèle par lui-même une certaine volonté, une certaine attitude de la part de l'Etat intéressé.

Cependant le point a été débattu par la Cour Permanente de Justice Internationale à l'occasion de la reddition de son arrêt dans l'affaire du Lotus.

Au cours de l'instruction de cette célèbre affaire, l'un des points soutenus par le gouvernement français était que l'attitude adoptée par les Etats consacrait la règle coutumière de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon.

Il s'agissait comme on le sait d'un abordage entre un navire français et un navire turc, au cour duquel un certain nombre de ressortissants turcs avaient trouvé la mort. Le gouvernement turc manifestait le désir de poursuivre pénalement l'officier français qui était de quart au moment où l'abordage s'était produit.

Or l'attitude des Etats au cours des précédents enregistrés avait consisté à s'abstenir.

Nous lisons dans le discours prononcé par le représentant du gouvernement français, M. Basdevant, devant la Haute assemblée :

« Donc ce que j'ai pu constater dans la grande généralité des cas... c'est une pratique, si vous voulez, négative, mais une pratique bien établie... d'après laquelle on ne poursuit pas l'auteur présumé d'un abordage dans un pays autre que celui du pavillon... En effet, il n'est pas toujours nécessaire, pour étayer une règle de droit international, de présenter des précédents formels ». Et le Professeur Basdevant appuie son argumentation sur l'opinion formulée par Sir Samuel Evans qui s'exprime ainsi à propos de la question de savoir si une immunité de capture devait être reconnue aux bateaux de pêche (affaire du Berlin) :

« Je ne pense pas que dans ce pays aucune affaire ait été jugée et rapportée traitant de l'immunité de ces navires comme une règle de droit international... Mais un siècle s'étant écoulé, mon opinion est qu'on a vu s'établir suffisamment la doctrine et la coutume de droit international selon lesquelles les bateaux de pêche... ne sont pas sujets à capture en temps de guerre aussi longtemps qu'ils se bornent aux travaux pacifiques que comporte exactement leur industrie »[1].

Et le Professeur Basdevant ajoute :

« Cette décision n'exige pas que l'on ait des précédents pour étayer, à cet égard, la règle coutumière de droit ; il suffit qu'un « *consensus gentium* » se soit établi, et ce consensus sera considéré comme s'étant suffisamment établi lorsqu'on sera en présence d'une solution, d'une manière de se conduire telle-

1. Fauchille et Basdevant, *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 1, p. 28.

ment ancrée dans l'esprit commun, dans la pratique commune, que personne ne songe à la contester. *Lorsque personne ne songe à contester une solution, il n'y a pas de précédent qui se crée pour la consacrer* ». Comme l'indique un peu plus loin le représentant du gouvernement français, on se trouve en présence d'un droit positif bien établi, résultant de l'assentiment des Etats manifesté par le fait que jamais, ou presque jamais, la compétence n'a été réclamée par un Etat autre que celui du pavillon du navire soi-disant abordeur[1].

La Cour de La Haye n'a pas cru devoir entériner cette construction juridique. Nous ne pouvons nous dispenser de citer le passage que l'arrêt lui consacre :

« Il ne reste plus alors, dit la Cour, qu'à examiner le troisième argument allégué par le gouvernement français, et à rechercher si une règle spéciale aux cas d'abordage serait formée, d'après laquelle les poursuites pénales seraient du ressort exclusif de l'Etat du pavillon.

« Dans cet ordre d'idées, l'Agent du gouvernement français a appelé l'attention de la Cour sur le fait que les questions de compétence en matière d'abordage, si fréquentes devant les juridictions civiles, ne se rencontrent que très rarement dans la jurisprudence des tribunaux répressifs. Il en déduit que, en fait, la poursuite pénale ne se présente que devant les tribunaux de l'Etat du pavillon, et qu'il y aurait là la preuve d'un consentement tacite des Etats, et partant l'expression du droit international positif en matière d'abordage.

« De l'avis de la Cour, cette conclusion n'est pas fondée. Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du gouvernement français, il en résulterait simplement que les Etats se sont souvent abstenus

1. *Publications de la Cour*, série C, p. 50 et suiv., et p. 68.

en fait d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de le faire ; *or c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir* que l'on pourrait parler de coutume internationale ; le fait allégué ne permet pas de conclure que les Etats aient été conscients de pareil devoir ; par contre, comme on le verra tout à l'heure, il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire »[1].

L'analyse de ce long extrait de l'arrêt du Lotus ne permet pas du tout d'inférer que l'abstention ne puisse pas constituer un fait donnant lieu à la formation d'une coutume. Bien au contraire, en disant que les faits relevaient de la simpe tolérance mais manquaient de l'élément psychologique de l' « *opinio juris sive necessitatis* » la Cour admet implicitement qu'ils constituent des faits. Comme le déclare l'arrêt, « c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir » que l'on pourrait parler de coutume internationale. La Cour ne rejette pas l'idée d'abstention dans la formation d'une règle coutumière. Mais fidèle à la théorie de formation de la coutume, elle exige l'élément psychologique. Et lorsque le gouvernement français lui demande si l'absence de litiges sur la question de compétence en matière d'abordage n'est pas la preuve d'un consentement tacite de la part des Etats et l'expression du droit positif, la Cour répond que cette conclusion n'est pas fondée. Elle admet tacitement que l'abstention peut constituer le premier élément nécessaire à l'existence d'une coutume, mais qu'en l'espèce l'élément psychologique fait défaut, c'est-à-dire le sentiment de force obligatoire qui doit compléter l'attitude abstentionniste des Etats.

Il faut remarquer que tout en laissant aux plaideurs la possibilité de fonder sur l'abstention une règle coutumière,

1. *Id.*, série A, p. 27 et suiv.

cette nécessité de prouver « la conscience d'un devoir de s'abstenir » rend en réalité très difficile la reconnaissance de la règle coutumière. Car c'est en somme demander la preuve positive de faits négatifs, preuve très difficlle à rapporter comme toutes celles des faits négatifs. La reconnaissance du droit coutumier par ce moyen se trouve donc singulièrement entravée.

Cette théorie de la Cour n'a pas réuni tous les suffrages.

Il est normal que le représentant du gouvernement turc se soit élevé de toutes ses forces contre l'adoption d'un pareil principe[1].

Il est plus grave de constater qu'au sein même de la Haute Cour, les avis sont partagés.

Nous lisons en effet dans l'opinion dissidente exprimée par le juge Altamira :

« Il n'est pas sans intérêt de remarquer... qu'une coutume doit être positive, et que par conséquent il est impossible de considérer comme coutume l'inexistence dans un sens déterminé, de la répétition des actes plus ou moins nombreux qu'en général on considère comme nécessaires pour l'établissement d'une règle coutumière. Il faut que les actes se soient produits dans le sens même de la règle qu'on voudrait trouver, et cela va sans dire que pour ce qui concerne le droit international ces actes soient aussi de caractère international »[2].

Cette opinion dissidente semble reposer sur une confusion entre l'abstention et l'inexistence. En effet, il est logique et raisonnable de repousser l'inexistence comme élément constitutif d'une règle juridique quelconque, surtout d'une coutume, mais l'abstention est d'une essence tout à fait différente. La Cour l'a du reste très nettement exprimé en exposant que

1. *Id.*, série C, p. 112.
2. *Id.*, série A, p. 96.

l'abstention peut être accompagnée d'un élément de volonté qui la rend tout aussi positive que n'importe quel autre fait. On aurait très bien pu concevoir que le gouvernement turc se soit abstenu de poursuivre l'officier français après avoir manifesté d'une façon ou d'une autre son désir de le poursuivre, autrement dit qu'il se soit cru obligé à reculer devant une règle internationale qui aurait existé.

On doit être d'accord avec le juge Altamira lorsqu'il s'élève contre le fait que l'inexistence puisse créer une coutume, L'inexistence, c'est le néant, c'est l'absence de toute opinion de toute attitude de la part des Etats. Comment ce qui n'existe pas pourrait-il donner naissance à une coutume ? Mais la Cour n'a pas ainsi considéré la question. Elle n'a pas déclaré *a priori* que l'absence de faits positifs interdit la formation d'une coutume. Derrière l'attitude abstentionniste, elle recherche l'élément psychologique, la cause de cette attitude. Les Etats s'abstiennent-ils parce qu'ils n'ont pas eu l'occasion de fixer leur opinion ou bien au contraire ont-ils l'intention, en présence de circonstances semblables, de ne pas intervenir. Il est évident que lorsqu'on prend en considération uniquement l'attitude des Etats (c'est-à-dire le fait seul), on se trouve en présence de l'inexistence. Le raisonnement de M. Altamira est parfaitement construit si on considère que l'élément de fait doit se suffire à lui-même et se prouver lui-même. Dans ce but, il doit être lui-même actif, ce qui conduit à demander des actes positifs aux Etats, se produisant dans un sens déterminé.

Mais bien plus subtil est le raisonnement de la Cour, qui affirme *la suprématie de l'élément psychologique sur l'élément matériel.* Certes, le fait est indispensable, mais il est subordonné à cette force qui se nomme l'opinion collective de la communauté des Etats. Cette thèse n'enlève pas à la coutume

le caractère positif qui indiquerait le sens de la règle à trouver, elle ne le place pas dans l'élément de fait, mais dans l'élément psychologique, puisque l'abstention est, autant que l'action, une opinion, et peut impliquer une attitude positive dans sa négation. L'inexistence implique une absence d'opinion, l'action seule peut former la coutume, mais rien n'empêche que cette action soit de la part des Etats une attitude d'abstention.

Et c'est en ce sens qu'il convient d'entendre la déclaration que la coutume se forme par la répétition d'actes des Etats, actes n'impliquant pas forcément une action de leur part, mais toujours une attitude voulue, positive ou négative.

« Ces diverses thèses dit le juge Nyholm, donnent une image générale des conditions nécessaires à l'existence d'un droit international, et elles démontrent la nécessité d'une certaine action (actes, volonté, accord) de la part des Etats, et sans quoi une règle de droit international ne peut pas être formée sur la base de la coutume »[1].

On peut enfin faire un rapprochement de ces différentes opinions émises à propos de l'affaire du Lotus avec l'opinion exprimée par le juge Negulesco dans son avis dissident publié à propos de l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube :

« Pour que cette conscience juridique puisse être invoquée, il faut d'une part que la Commission européenne ait cru qu'elle exerçait une règle obligatoire, et que la Roumanie, soit par des actes extérieurs, soit par des abstentions constantes, ait reconnu la légitimité de l'exercice du droit »[2].

Cette citation est intéressante d'abord parce qu'elle émane d'un juge qui par ailleurs, dans son même avis dissident, évoque l'arrêt du Lotus en ce qu'il a établi que l'abstention

1. *Id.*, p. 59, Arrêt du *Lotus*, avis dissident du Juge Nykolm.
2. Avis n° 14, série B, p. 104 et suiv.

ne peut être prise en considération que lorsqu'elle est motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir ; d'autre part, cette opinion montre que la question ne relève pas de l'élément matériel de la coutume, mais bien de l'élément psychologique, qui donne à l'élément de fait toute sa valeur.

Et comme conclusion, nous ne pouvons mieux faire que de rapporter les termes dans lesquels s'exprime M. Politis dans le discours qu'il a prononcé pour la défense de la Roumanie dans l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube : « La règle coutumière aurait pu se produire... par une *abstention* constante et *consciente* de la part des autorités roumaines d'exercer leur pouvoir de juridiction en reconnaissance d'un droit concurrent de la communauté européenne. Ici encore la conscience juridique est essentielle »[1].

§ 3. — *Actes de courtoisie et de tolérance.*

Nous venons de voir ce qu'il faut entendre par le fait générateur de la coutume.

Il faut exposer à présent que certains faits, certains actes des Etats, ne sont pas générateurs de la coutume internationale et ce de par leur essence même : ce sont les actes de courtoisie et de tolérance.

Sur la question des actes de tolérance auxquels on peut assimiler les simples concessions ou permissions ainsi que les actes de courtoisie, nous possédons fort peu de documents. Cependant suivant l'opinion actuelle de la jurisprudence un acte de courtoisie ou de simple tolérance ne saurait être pris en considération pour la formation d'une règle coutumière.

« Un fait isolé ou un acte de tolérance ne peuvent être transformés en état de droit », déclare le juge Negulesco dans

1. *Id.*, série C, p. 211 et suiv.

son avis dissident publié à propos de l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube. La raison en est, ajoute-t-il, que « la coutume exige pour son existence une continuité de faits depuis un temps immémorial et la croyance réciproque de la légitimité de l'existence du droit »[1].

Cette solution paraît évidente. Il est toujours délicat pour un juge de retourner contre les Etats un acte de tolérance ou de courtoisie auquel ils ont consenti dans un cas où ils étaient en mesure d'user entièrement de leur droit. D'autre part, la formation d'une règle coutumière exige l'existence d'un élément psychologique, qui manque évidemment dans ces cas.

Mais si un simple acte de tolérance ne saurait en aucun cas servir de base à une coutume, il ne semble plus en être de même lorsque cet acte se répète pendant un temps assez long.

Cette thèse se dégage d'une décision rendue au nom de la Cour suprême des Etats-Unis par le juge Gray dans les affaires Paquete Habana et Lola[2]. Il s'agissait en l'espèce de faire reconnaître le principe que les bateaux côtiers de pêche qui capturent du poisson frais sont reconnus avec leurs équipages et cargaisons comme non susceptibles de prises de guerre. Il avait été soutenu que ce n'était qu'un simple usage de courtoisie nullement obligatoire. A quoi la Cour suprême des Etats-Unis a répondu qu'un temps assez long d'appréciation (un siècle) « est amplement suffisant pour transformer ce qui a pu être à l'origine un acte de courtoisie ou même une simple concession en une règle bien établie du droit de gens »[3]. Et pour appuyer sa décision le juge Gray, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir[4], invoque l'autorité de sir James

1. *Publications de la Cour*, avis n° 14, série B, p. 104 et suiv.
2. Dickinson, *The law of nations*, p. 42. ; A. Hershey, *The essential of international law and organisation*, p. 42.
3. Cette partie de la sentence se trouve dans Moore, *International law Digest*, vol. I, chap. 1, p. 7 et 8.
4. V. *supra*, p. 98.

Makintosh, qui, dans ses « *Miscelancous Works* » déclarait qu' « un adoucissement lent et silencieux, mais considérable, est apparu dans la pratique de la guerre et que dans la mesure dans laquelle cette transformation a été sanctionnée par l'écoulement du temps, elle est devenue d'un simple usage une véritable règle du droit des gens »[1].

Ainsi, comme s'est exprimée M. Politis au cours de sa plaidoirie prononcée pour la défense de la Roumanie dans l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube, « la tolérance ne crée pas la coutume, mais se trouve sur le chemin qui y mène, et les stades qui précédent l'acceptation d'une coutume sont la répétition et la tolérance »[2].

Cependant il faut remarquer que cette théorie n'est pas unanimement admise. Dans son Cours professé à l'Académie de droit international de La Haye, M. Seferiadès donne son interprétation de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale :

« Par coutume internationale, dit-il, on doit entendre les usages internationaux uniformes, tacitement reconnus et nettement appliqués par les Etats dans leurs relations mutuelles, comme constituant un corps de règles doctrinales de droit international (*opinio necessitatis*) qui s'imposent dans la pratique.

« Ainsi ne doivent pas être considérés comme coutumes les usages internationaux de courtoisie quelle qu'en soit l'ancienneté ou la fréquence ; de tels usages ne sont point en effet considérés comme étant de droit »[3].

Donc cet auteur semble refuser aux actes de courtoisie toute possibilité de créer de la coutume parce qu'il leur manque non pas l'élément de fait et ses caractéristiques, mais l'élé-

1. P. 360.
2. Avis n° 14, *Publications de la Cour*, série C, p. 211.
3. *Publications des Cours*, 1930, t. 4, p. 209.

ment psychologique, la croyance des Etats en cause que leurs relations ne relèvent pas du droit.

En fait toutes ces opinions nous ramènent à une appréciation de la volonté des Etats, et malgré leur divergence apparente, elles sont d'accord sur la nécessité d'un consentement pour qu'il y ait création du droit. Cette volonté, comme le dit M. Séfériadès, est absente des actes de courtoisie ou de tolérance, mais elle est incontestable lorsque, après un long délai, les Etats se sentent liés par la continuité d'un usage qui, insensiblement, est devenu une loi.

CHAPITRE III

ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE LA COUTUME

L'examen du fait générateur d'une règle coutumière nous a amené à aborder le second élément constitutif de la coutume : l'*opinio juris sive necessitatis.*

Il arrive que les deux éléments soient si intimement liés qu'il est fort difficile de les étudier séparément, surtout l'élément matériel, car l'élément psychologique, nous l'avons laissé pressentir, reste fondamental.

« Le droit international, déclare le juge Weiss dans son avis dissident publié à la suite de l'arrêt du Lotus, ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes ; il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes et de donner à ces principes une formule satisfaisante.

« A vrai dire, le droit international n'a d'autre source que le *consensus omnium.* Lorsqu'il apparaît que toutes les nations dont se compose la communauté internationale sont d'accord pour accepter et pour appliquer dans leurs rapports naturels une règle de conduite déterminée, cette règle passe dans le droit international et devient une de celles dont la Convention

de Lausanne a recommandé l'observation aux Etats signataires »[1].

Nous allons essayer de déterminer en quoi consiste ce *consensus omnium*.

Rappelons que dans son arrêt du Lotus, la Cour Permanente de Justice Internationale déclare :

« Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit... Les limitations à l'indépendance des Etats ne se présument donc pas »[2].

Cette définition se rapproche singulièrement de celle contenue dans l'alinéa 2 de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, qui qualifie la coutume internationale de « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ».

Nous verrons au chapitre traitant de la force obligatoire de la coutume que cette opinion n'est pas universelle et qu'elle est combattue par les tenants de la théorie du droit naturel, origine d'un droit s'imposant aux Etats en dehors de toute manifestation de leur volonté.

Mais nous verrons également que cette doctrine n'est pas partagée actuellement par les tribunaux internationaux, ces derniers restant fidèles à la théorie de l'acceptation du droit par les Etats membres de la communauté des nations.

Prenons par exemple l'arrêt du Lotus. Nous y relevons de nombreuses allusions à l'idée d'un consentement des Etats : ... « aucun argument d'où il résulterait que les Etats *se reconnaissent obligés l'un envers l'autre*[3] ... d'autre part la Cour n'a

1. *Publication de la Cour*, arrêt n° 9, série A, p. 43 et suiv.
2. *Id.*, p. 18.
3. *Id.*, p. 23.

pas connaissance de cas dans lesquels des gouvernements auraient protesté contre le fait[1]... pour démontrer que le principe de la juridiction exclusive du pays du pavillon n'est pas universellement admis[2]... et qu'il y aurait là la preuve d'un *consentement* tacite des Etats et partant... et non qu'ils *se reconnaissent obligés* de le faire[3]... En revanche la Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les Etats intéressés se soient opposés aux poursuites[4]... cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du *consentement* tacite des Etats[5]... », etc...

Ce principe une fois posé, examinons comment va se manifester la volonté des Etats.

« La base de la coutume, déclare le juge Nyholm dans son avis dissident sur l'affaire du Lotus, doit être une « *volonté* » commune à plusieurs, même à de nombreux Etats, constituant une « *unité de volontés* » ou un accord général de « *l'opinion* » dans les pays de civilisation européenne, ou la manifestation de la « *conscience juridique internationale* » qui s'opère par des faits répétés continuellement avec la « *conscience de leur nécessité* »[6]. Plus loin, il dénie l'existence d'exceptions en matière pénale dans les rapports entre Etats parce qu'elles « n'ont point été reconnues d'une manière générale et d'une manière suffisante pour faire brèche au principe de territorialité »[7].

Nous citerons à la suite de cette opinion celle exprimée par M. Politis au cours de la plaidoirie qu'il a prononcé pour la défense de la Roumanie dans l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube.

1. *Id.*, p. 23.
2. *Id.*, p. 27.
3. *Id.*, p. 28.
4. *Id.*, p. 29.
5. *Id.*, p. 29.
6. *Id.*, série A, p.
7. *Id.*, série A, p.

Pour qu'il y ait règle coutumière, « il faut la répétition... de faits dénotant chez les Etats qui y participent la conscience juridique qu'ils considèrent ces faits comme la manifestation d'une règle qu'ils veulent suivre »[1]. Cette définition cadre avec celle de l'article 38 d'où il découle que la coutume est une acceptation par les Etats d'une règle qu'ils considèrent comme étant le droit.

De même nous lisons dans l'avis dissident formulé par le juge Negulesco à propos de l'affaire du Lotus :

« La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître qu'il faut l'existence d'un usage immémorial... et une conscience juridique commune des Etats qui y participent basée sur la croyance réciproque que la répétition des faits est la manifestation d'une règle obligatoire »[2].

De son côté également. le juge Altamira parle de conscience collective[3].

On nous permettra de faire trois citations doctrinales.

Dans son cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye, le Professeur Heilborn déclare à son tour qu'« une règle du droit coutumier oblige seulement les Etats dans lesquels on peut en constater l'usage continuel et provenant d'une conscience juridique »[4].

Dans son cours de doctorat, le Professeur de Lapradelle s'exprime ainsi : « la coutume... est... une source du droit international fondée sur ce que, par une certaine pratique, les Etats affirment être leur conviction juridique »[5].

Enfin, d'après le Professeur J. Basdevant, il y a, dans les précédents par lesquels une règle a été reconnue comme

1. Avis n° 14, *Publications de la Cour*, série C, p. 211.
2. Arrêt, n° 9, *id.*, série A, p. 104.
3. *Id.*, p. 96.
4. *Publications des Cours*, 1926, t. 1, p. 22. — Cité par N. Politis dans son discours précité.
5. *Cours de doctorat*, 1932-33, 18e leçon, p. 1.

faisant droit, *l'opinio juris gentium* qui ne s'analyse pas dans la volonté de créer une règle, mais une reconnaissance, une conscience du droit, car la coutume est un produit de la vie sociale.

Les extraits que nous venons de citer permettent de tracer une séparation suffisamment nette entre le consentement des Etats tel qu'il se manifeste dans une convention et tel qu'il résulte d'une règle coutumière.

Dans le premier cas nous nous trouvons en présence de deux volontés précises, manifestées par deux organes constitutionnels déterminés qui, après vérification des pouvoirs, échangent des signatures, engagent les nations.

Dans le second cas, la volonté des Etats est le résultat d'une longue pratique. Nous avons exposé en étudiant la question des actes de courtoisie comment la volonté fait son apparition. il en est de même pour toutes les règles coutumières, si bien qu'on pourrait dire en vérité que dénier à l'usage de courtoisie la possibilité de créer la coutume, c'est en quelque sorte empêcher la coutume elle-même de se constituer.

Le consentement des Etats à la formation d'une règle coutumière est donc, comme le dit le juge Nyholm, une « conscience collective » et par là, il est beaucoup plus puissant que celui qui n'est accordé à une convention que par un organe constitutionnel.

En fait cependant, la convention est un instrument plus pratique de la vie internationale, et c'est ce qui explique la vogue dont elle jouit dans la période contemporaine.

Moins précise, plus difficile à déterminer, la règle coutumière s'efface le plus souvent devant un traité, nous l'avons expliqué dans la première partie en traitant des rapports entre les deux sources du droit.

Plusieurs autres aspects du problème seront, en outre, abor-

dés au moment où nous exposerons les méthodes employées par les tribunaux internationaux pour faire la preuve de la coutume. Nous verrons en particulier comment on établit qu'un Etat a eu la volonté (tacite ou expresse) de contribuer à créer une règle internationale, et aussi les caractères que doit présenter un précédent pour être retenu par le juge.

Nous ne pouvons toutefois abandonner l'étude de l'élément consensuel de la coutume sans examiner les caractères que doit présenter la volonté des Etats pour être créatrice de droit.

Dans la convention, cette volonté n'est exprimée que par un petit nombre d'individus qui représentent ou sont censés représenter la nation. Cette volonté est donc expresse et ne peut être qu'expresse, alors que pour former un élément de la coutume internationale la volonté de l'Etat peut n'être pas expresse.

On comprend facilement cette différence en se rappelant ce qui vient d'être dit des deux sources du droit. L'une est précise, concrète, limitée ; l'autre est plus diffuse, plus profonde peut-être, mais également plus vague.

En somme il est infiniment plus facile à un traité de remplacer un autre traité qu'à une coutume de modifier une autre coutume.

Le consentement d'un Etat à une règle coutumière résultera donc le plus souvent d'un ou de plusieurs des faits considérés comme les signes de la manifestation de la volonté de l'Etat. Vattel mettait déjà ce point en lumière :

« Certaines maximes, certaines pratiques consacrées par un long usage, et que les nations observent entre elles comme une sorte de droit, forment le droit des gens coutumier ou la coutume des nations. Ce droit est fondé sur le consentement tacite, ou si vous voulez sur une convention tacite des nations qui l'observent entre elles »[1].

1. Vattel, *Droit des gens, Idées et principes généraux du Droit des gens*, § 25.

Le consentement de deux Etats suffit pour créer une convention, mais il ne suffit pas évidemment pour constituer une coutume internationale. Si deux, ou un nombre restreint d'Etats sont seuls à observer une certaine règle non écrite, on se trouve en présence d'une coutume relative, sujet qui sera traité un peu plus loin[1]. Reste à savoir quels sont les Etats qui doivent donner leur adhésion à une règle de droit pour créer une coutume.

Dans l'affaire Paquete Habana, souvent citée déjà, nous lisons cette phrase : « ... un usage ancien parmi les nations civilisées du monde »[2]. de même que Vattel dans son ouvrage parle des « nations policées du monde »[3]. Chez certains autres, le terme civilisé est remplacé par celui de « pays de civilisation européenne », par exemple dans l'avis dissident que le juge Nyholm a publié à la suite de l'arrêt du Lotus[4], ou encore dans une opinion du juriste anglais Westlake cité par le gouvernement turc à propos de la même affaire[5]. Ainsi se trouve-t-il établi que la règle coutumière, pour devenir obligatoire, doit avoir été admise par l'unanimité ou la quasi unanimité des nations de civilisation européenne.

1. V. *infra*, p. 143.
2. Moore, *Digest of international law*, t. 1, p. 8.
3. V. encore avis n° 6, colons allemands en Pologne, série C, p. 538 et suiv. M. Struycken parle des « relations entre peuples civilisés » et de « pratiques habituelles des peuples modernes ».
Arrêt n° 9, série C, p. 184 et suiv., le mémoire français s'occupe des « nations civilisées ». Egalement, p. 211 dans le résumé de l'exposé de fait.
4. *Id.*, série A, p. 59.
5. *Id.*, série C, p. 226 et suiv.

CHAPITRE IV

CONSIDÉRATIONS D'HUMANITÉ ET D'ÉQUITÉ

Il arrive que, à l'occasion d'un litige international, les parties reconnaissent au tribunal chargé d'y apporter une solution judiciaire, le pouvoir de juger en équité.

La sentence ainsi rendue n'a en général aucun lien avec une règle coutumière quelconque et du reste les parties n'avaient vraisemblablement accordé ces pouvoirs spéciaux aux arbitres (car il s'agit le plus souvent de compromis d'arbitrage) que parce qu'elles considéraient que les règles du droit ne s'appliquaient pas au litige [1].

Ceci dit, le point de vue auquel nous nous plaçons maintenant est nettement différent. Là, les juges se trouvaient à côté de la coutume, ils s'évadaient des règles du droit pour s'en remettre au jugement de leur raison. Ici, nous recherchons si l'équité considérée *a priori* a pu se trouver à la source d'une règle de droit considérée ensuite comme telle en dehors de toute idée d'équité.

La question est donc la suivante : y a-t-il d'autres sources de la coutume que le consentement des Etats ? Une règle

1. G. Ripert, *Les règles du Droit civil applicables aux rapports internationaux. Cours* professé à La Haye, 1933, t. 2, p. 575.

peut-elle devenir coutumière parce qu'elle est justifiée par des raisons d'équité ou d'humanité ?

Certaines décisions parfois considérables n'ont pas hésité à faire entrer de pareilles raisons dans l'exposé de leurs motifs. C'est ainsi que nous lisons dans l'affaire Paquete Habana et Lola précitée : « A l'heure actuelle, par l'effet du consentement général des nations civilisées du monde... c'est une règle établie du droit international fondée sur des considérations d'humanité, que les bateaux de pêche côtiers sont exempts de capture comme prises de guerre »[1].

Il convient d'en rapprocher certaines tentatives faites au cours des travaux préparatoires pour rapprocher le droit coutumier et la raison.

Ainsi, pendant la discussion de l'affaire de la fermeture de Buenos-Ayres entre l'Argentine et la Grande-Bretagne, l'arbitre, qui était le président du Chili, avant de prendre une décision, consulta la Cour suprême de son pays et un avocat, M. Cosmo Campillo. Dans la consultation de ce dernier, nous trouvons l'affirmation que, de tous les droits de la guerre, la règle coutumière que le blocus ferme le port bloqué aux navires neutres sans nécessité d'un avis préalable, aucun n'est mieux fondé en raison et plus conforme à la meilleure pratique. Ce principe devait être admis par l'arbitre dans sa décision[2].

On retrouve la même idée dans l'avis dissident de Drago à la suite de l'affaire des Pêcheries du nord de l'Atlantique, tranchée le 7 septembre 1910 entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne. Celui-ci indique que la pratique dite des baies de dix milles suivie par la Grande-Bretagne dans ses traités de pêche a son origine dans la zone des trois milles pour les eaux territoriales. Et il ajoute :

1. J. Cobbett, *Cases and opinions on international law*, t. 1, p. 7-8.
2. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, p. 647.

« C'est pour cette raison qu'un usage établi si fermement et depuis si longtemps devrait à mon avis être appliqué à l'interprétation du traité en question (le traité de 1818), et cela d'autant plus que la coutume, une des sources reconnues du droit international aussi bien que national, est appuyée dans ce cas par la raison, ainsi que par l'acquiescement et la pratique de plusieurs nations »[1].

Dans l'affaire du Lotus, on trouve, cité par le mémoire du gouvernement turc, une opinion intéressante de Despagnet. Cet auteur déclare que la première condition pour qu'une coutume ait la force d'une régle ou d'un principe international est « qu'elle soit reconnue par la société internationale comme une règle juridique conforme à la raison et à l'équité »[2].

Il est enfin intéressant de constater que Vattel tenait un raisonnement analogue lorsqu'il écrivait que « lorsqu'une coutume, un usage est généralement établi, soit entre toutes les nations policées du monde, soit seulement entre toutes celles qui ont ensemble un commerce plus fréquent, si cette coutume est indifférente en soi, et à plus forte raison si elle est utile et raisonnable, elle devient obligatoire pour toutes les nations qui sont censées y avoir donné leur consentement... »[3].

Les extraits que nous venons de citer sont fort rares, et encore avons-nous du étayer la jurisprudence de citations doctrinales.

En fait cependant, la raison et l'équité sont mises à contribution d'une façon souvent abusive par un nombre considérable d'arrêts et de sentences de toute sorte que nous avons eu l'occasion de passer en revue dans un chapitre de la première partie. Mais cela n'est dû, comme nous l'avons noté, qu'à une insuffisance de la terminologie et la vérité est que, sous le

1. J.B. Scott, *Sentences de la Cour Permanente d'Arbitrage*, p. 210 et suiv.
2. Arrêt n° 9, série C, p. 226 et suiv.
3. Vattel, *Droit des gens, idées et principes du Droit des gens*, § 25.

couvert de formules assez vagues, les juges appliquaient en général des règles coutumières aisément admises par les plaideurs en cause.

Il faut en conclure que la répétition du fait et le consentement des Etats sont les seules conditions d'existence de la coutume admises par la jurisprudence au rang de créatrices du droit.

La distinction elle-même entre le fait et le consentement est artificielle et ne doit être retenue que parce qu'elle est commode et utile.

En réalité le consentement seul crée la coutume et l'ancienneté du consentement est prouvée par des faits répétés.

Quant à la raison, il est bien évident qu'elle a eu son mot à dire à l'origine, et que si les membres de la communauté des Etats n'avaient pas trouvé équitable et raisonnable une certaine façon de se comporter, ils auraient agi autrement, empêchant ainsi une règle coutumière de se former.

Retenons donc la suprématie absolue de l'élément psychologique, et nous aurons dans la troisième partie l'occasion de vérifier l'exactitude de cette constatation.

TROISIÈME PARTIE

Application de la coutume

par la jurisprudence internationale

CHAPITRE PREMIER

FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME

L'étude de la force obligatoire de la coutume dans la jurisprudence internationale peut difficilement être abordée sans une introduction préalable.

Il sera très utile, avant d'examiner les solutions jurisprudentielles, de rappeler aussi brièvement que possible les opinions doctrinales qui touchent à ce sujet.

§ 1. — *Les théories.*

Les plus anciens auteurs qui ont émis des théories sur les règles du droit des gens ont fait reposer la force obligatoire du droit coutumier sur l'idée d'un consentement tacite qui aurait été donné par les intéressés. La coutume procèderait de la même formation que la convention, elle résulterait d'un accord de volonté entre les Etats qui seraient liés par cet accord, la seule différence avec la convention consistant dans le caractère tacite que revêtirait cette manifestation de leur volonté.

Cette théorie a été en particulier exposée par Grotius dans son ouvrage intitulé « *De jure belli ac pacis* »[1]. Pour lui la

1. Livre I, chapitre 1, § XIV.

coutume fait partie du droit des gens volontaire, reposant sur la volonté des peuples au même titre que les traités.

Aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, ses idées sur le consentement tacite ou présumé des peuples sont reprises par la généralité des auteurs, notamment par Bynkershoek[1] et Vattel[2].

Au XIX^e^ siècle, cette théorie est communément admise en France, aux Etats-Unis et en Angleterre, en particulier par Lord Phillimore dans ses « *Commentaries upon international law* »[3].

Parmi les auteurs modernes, certains apparaissent comme les successeurs directs de Grotius et de ses disciples.

Pour ce qu'on peut appeler l'école allemande et italienne du XIX^e^ siècle, tout le droit découle de la volonté de l'Etat. A l'intérieur de ces limites, la coutume ne peut donc reposer que sur un accord tacite.

Triepel explique que cet accord donne naissance à une volonté collective par le phénomène de la Vereinbarung[4].

Anzilotti, de son côté appuie la force obligatoire de la coutume sur la formule générale « *Pacta sunt servanda* »[5].

On peut encore citer comme adhérant à cette théorie MM. Cavagleri[6] et Perassi en Italie[7], et Moore[8] aux Etats-Unis.

L'intérêt de cette solution est que, la coutume internationale était basée sur le consentement des Etats, ceux-ci peuvent refuser leur accord à l'établissement d'une règle quelconque et se placer ainsi en dehors du champ d'application de celle-ci.

1. *De foro legatorum*, chap. 18, § VI.
2. *Le Droit des gens*, préliminaires, § 25.
3. 1^re^ partie, chap. 5, § 40-42.
4. *Droit international et Droit interne*, trad. française, p. 89 et suiv ; *Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, « *Recueil des Cours* », 1923, t. 1, p. 82-83.
5. *Cours de Droit international*, trad. française. p. 67 et suiv.
6. *Corso di diritto internazionale*, 1925, t. 1, p. 56 et suiv.
7. *Rivista di diritto internazionale*, 1917, p. 196 et suiv.
8. *Digest of international law*, 1860, t. 1, p. 5.

En éliminant de cette manière une des différences essentielles entre le droit coutumier et le droit conventionnel, ces auteurs ont propagé une doctrine que certains ont trouvé dangereuse : si l'on peut se tenir en dehors d'une coutume générale, ne peut-on pas également la dénoncer comme on dénonce un traité ? Peut-on véritablement prétendre à faire partie de la communauté internationale si l'on se dérobe à l'application d'une règle universelle ? D'un point de vue légèrement différent et toujours suivant cette doctrine, on ne peut prendre en considération pour la recherche de la coutume, que les actes pour lesquels les Etats ont manifesté leur intention dans les rapports internationaux. Cette dernière idée a été notamment exposée par K. Strupp [1], qui ne veut retenir comme base d'une coutume que les actes accomplis dans la gestion des relations extérieures par les organes compétents de l'Etat, et non par ceux qui sont d'ordre interne comme les lois, les jugements des tribunaux nationaux, ou la pratique administrative. Il écarte également les décisions des juges internationaux. Cette doctrine limite ainsi le nombre des Etats liés par le droit coutumier, et favorise la reconnaissance des coutumes relatives.

Cette théorie n'a pas été admise par tous les auteurs de droit international. Certains d'entre eux en ont construit une sensiblement différente, et suivant laquelle il est possible d'opposer une coutume même aux puissances désireuses d'échapper aux obligations auxquelles sont soumises les nations civilisées.

Parmi ces auteurs, Vitoria par exemple professait que les règles du droit des gens, en tant qu'elles ne découlent pas du droit naturel, ont pour origine le consentement de la majorité du genre humain, surtout quand elles ont pour but le bien

1. *Eléments du Droit international public*, 2e éd., française, t. 1, p. 13 et suiv. — *Cours* professé à l'Académie de Droit de La Haye, 1934, t. 1, p. 301 et suiv.

général commun. Ces règles peuvent donc être opposées à ceux qui ne voudraient pas s'y conformer[1].

Soutenant une thèse qui le rattache à l'école nationaliste contemporaine, Suarez est d'avis qu'une règle internationale est opposable à tous les Etats si elle est conforme à la nature, et par conséquent acceptable pour tout le monde.

Au XIX^e siècle, en Allemagne, le juriste de Savigny pense que la coutume découle de la conscience juridique collective, c'est-à-dire du sentiment du droit.

L'influence de cet auteur est considérable. On la relève notamment en France sur Rivier[2], en Allemagne sur Krabbe pour qui l'Etat est soumis au droit tel qu'il est conçu par la conscience juridique des hommes, en Italie sur Romano qui considère que la coutume ne procède pas de la volonté des Etats de créer une règle, mais qu'elle résulte de leur accord sur le caractère obligatoire de certaines règles, accord qui ne se forme que lentement, inconsciemment, ne résultant pas de l'intention d'établir une coutume, mais de la conviction que l'on est obligé de respecter la règle qui en est l'objet[3]. Ce dernier auteur semble ainsi adopter une opinion moyenne que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire entre la thèse de Grotius et celle de Vitoria. On peut encore citer Westlake[4], Oppenheim[5], de Visscher[6], Fauchille[7], Pallieri[8], etc...

Ces auteurs, attachant à la règle coutumière une force obligatoire plus étendue, estiment en général, réserve faite bien entendu de multiples différences d'interprétation dont l'exposé n'entre pas dans le cadre de ce travail, que la coutume

1. *De indis*, 3^e section, 1^e titre légitime.
2. *Principes du droit des gens*, t. 1, p. 36.
3. *Corso di diritto internazionale*, 1933, p. 36 et suiv.
4. *Etudes sur les principes du droit international*, trad. Nys, 1895, p. 83.
5. Nieweyers, *Zeitschrift für internationales Recht*, 1915, p. 12.
6. *Recueil des Cours professés à La Haye*, 1925, t. 1, p. 361 et suiv.
7. *Le Droit international public*, 4 vol. 1921-1926, t. 1, p. 43.
8. *Rivista di diritto internazionale*, t. XV, 1928, p. 338 et suiv.

internationale doit être suivie dans les rapports entre tous les membres de la communauté civilisée, c'est-à-dire que, dans certains cas, elle peut être opposable à un Etat qui n'aurait pas expressément adhéré à la règle envisagée.

Nous lisons ainsi dans le cours de doctorat fait par le Professeur de Lapradelle en 1932-1933 : « Il n'est pas nécessaire que la conviction juridique soit universelle ; il suffit que la conviction juridique soit générale, car, Vattel le reconnaissait lui-même, ébranlant sa conception d'après laquelle la coutume suppose l'assentiment de toutes les nations, ce qui fait la valeur de la coutume, ce n'est pas l'assentiment lui-même, c'est la conformité de la pratique qu'elle établit à une conviction juridique supérieure, et dès l'instant que cette conviction juridique est déterminée comme étant celle positive, active, du plus grand nombre, il est clair que la conviction juridique d'un petit nombre d'Etats ne saurait lui résister »[1].

Citons enfin pour terminer l'opinion du Professeur Le Fur, qu'il a exprimée dans le cours qu'il a professé à l'Académie de droit de La Haye en 1927. Pour lui, la nécessité du consentement de l'Etat à qui on oppose la règle coutumière n'est plus nécessaire en vertu du droit naturel qu'elle représente, et qui s'impose à l'homme, individuel ou collectif, donc à l'Etat comme à l'être physique. Cet auteur trouve la base de son opinion dans la rédaction de l'articl 38, qui déclare que la coutume doit être considérée comme la preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit ; acceptée, dit-il, d'une façon générale, mais pas forcément par les parties en cause, ceci résulte de la substitution, en droit des gens moderne, de l'idée de droit international commun à l'idée bien différente du consentement tacite de chaque partie[2].

1. A. de Lapradelle, *Cours de doctorat sur la Justice internationale*, 1932-1933, 18e leçon, p. 11.
2. T. 3, p. 362 et suiv.

§ 2. — *La jurisprudence.*

Dans son Cours professé à l'Académie de droit de La Haye, en 1929, le Professeur Verdross exprime l'opinion que la pratique internationale confirme la seconde thèse que nous avons exposée, à savoir que les Etats ne sont pas seulement obligés par les règles coutumières à la formation desquelles ils ont participé, mais par toutes les coutumes acceptées par la pratique générale non contredite comme étant le droit ; qu'en cas de différend entre deux Etats sur l'existence d'une règle coutumière, les tribunaux arbitraux compétents n'ont jamais examiné si une pareille règle a été reconnue précisément par les parties en litige, mais uniquement si elle a été acceptée en général par la pratique internationale. Et cet auteur cite à l'appui de ses dires un certain nombre de décisions [1].

C'est ainsi que cette solution a été admise notamment par la décision rendue le 8 janvier 1900 par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Paquete Habana que nous avons déjà souvent citée, et où, pour décider s'il y avait une règle établie du droit des gens d'après laquelle les bateaux de pêche Paquete Habana et Lola, saisis pendant la guerre hispano-américaine, seraient exempts de capture comme prises, il est déclaré : « Lorsqu'il n'y a ni traité ni acte du pouvoir législatif ou exécutif, ni précédent de jurisprudence, il faut se reporter aux coutumes et usages des *autres* nations civilisées » [2]. Le tribunal applique en l'espèce une règle existant uniquement dans les rapports entre la Grande-Bretagne et la France.

Une attitude analogue a été adoptée par le juge Strong dans la sentence qu'il a rendue au nom de la Cour suprême des

1. T. 5, p. 293 et suiv.
2. Cobbett, *Cases and opinions on International law*, 1906, t. 1, p. 7-8 ; P. Fauchille, *Traité de Droit international public*, t. 1, p. 44.

Etats-Unis en 1871 à propos de l'affaire The Scotia. Il s'agissait d'une question d'abordage. Le navire coupable n'avait pas allumé les feux réglementaires suivant des dispositions de police d'origine coutumière destinées à prévenir la collision des navires. A ce propos, le juge Strong écrit :

« Il est évident qu'aucune nation ne peut changer les règlements concernant la navigation. Les règlements sont obligatoires et aucune loi, d'un ou plusieurs pays, ne peut créer des obligations pour tout le monde. Comme l'ensemble du droit international, ils reposent sur le consentement des nations civilisées et sont obligatoires, non pas en tant qu'émanation d'une force supérieure mais parce qu'ils ont été acceptés comme règle de conduite »[1].

De même la Cour provisoire de Changaï, appelée le 30 septembre 1927 à se prononcer sur la question de savoir si les navires marchands appartenant à des Etats étrangers étaient exempts de la juridiction locale, s'est référée aux précédents d'autres pays comme témoignage de ce qui était la loi des nations[2].

On peut également citer l'opinion du juge anglais Lord Stowell. Le droit des gens non écrit est susceptible de changement, pense-t-il, mais il subsiste malgré la dénonciation d'un ou de quelques Etats seulement : « Je ne puis admettre, dit-il, que parce qu'une seule nation a trouvé bon d'abandonner l'usage reçu dans le monde entier... je doive moi attacher des effets juridiques à pareille innovation pour l'unique raison que certaine théorie générale lui apporte quelque appui ». C'est pourquoi il refusa de prononcer la confiscation d'un navire étranger employé au commerce des esclaves à un moment où l'Angleterre avait défendu le trafic, mais que les

1. Moore, *A digest of international law*, t. 1, p. 3, 5, 11.
2. A. Verdross, *Cours* précité, 1929, t. 5, p. 296.

autres nations ne l'avaient pas encore fait, et que par conséquent — d'après ce jugement — le droit des gens permettait encore la traite [1].

Pendant la grande guerre, les tribunaux de prises britanniques adoptèrent également cette théorie de l'universalité de la coutume ; par exemple dans l'affaire du Zamora du 14-21 juin 1916, de l'Odessa, du 11 novembre 1915, de l'Hakan du 3 juillet 1916, ils dégagent la coutume de l'examen de la pratique de tous les pays, sans distinguer si ceux-ci sont ou non en cause dans le litige ; la coutume procède alors du « general assent » des membres de la communauté internationale [2].

Cependant, si l'on examine l'un des plus importants arrêts rendus par la Cour Permanente de Justice Internationale, l'arrêt du Lotus. Nous relevons dans cette sentence les phrases suivantes :

« Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas » [3].

Et plus loin, examinant la question de savoir si une règle internationale défend à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons, la Cour écarte la thèse suivant laquelle la nationalité de la victime aurait une influen-

1. Affaire *The Santa Cruz*, 1798, *The Fled Oyen*, 1799 ; *Robinson, Admiralty Reports*, I, p. 60 et 141 ; *The Louis*, 1817, *Dodson Admiralty Reports*, p. 210 et suiv. et surtout p. 249-250.

2. P. Fauchille et J. Basdevant, *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 1, p. 285, 424, t. 2, p. 183.

3. Série A, p. 18. — V. encore sentence du Tribunal mixte de Port-Saïd dans l'affaire Crichton contre Samos Navigation company, dans le *Annal Digest*, n° 1, p. 3.

ce quelconque. Elle déclare que cette nationalité ne pourrait être prise en considération que si le droit international interdisait à la Turquie de tenir compte de ce que les effets du délit se sont produits sur un navire turc et partant dans un lieu assimilé au territoire turc. « Or, déclare la Cour, pareille règle de droit international n'existe pas. Aucun argument, d'où il résulterait que les Etats se reconnaissent obligés l'un envers l'autre, de tenir compte seulement où se trouve l'auteur du délit au moment du délit, n'est venu à la connaissance de la Cour »[1].

La même tendance résulte de l'avis n° 14 relatif à la compétence de la Commission européenne du Danube. Au cours de l'exposé des faits, l'arrêt rapporte les conclusions du comité spécial qui avait été chargé par la commission consultative et technique de faire un rapport. Examinant les conditions de fait dans lesquelles les pouvoirs de la Commission du Danube s'étaient exercés de Galatz à Braïla avant la guerre, la Cour rapporte que de l'avis du comité ils étaient régis « par des usages ayant une valeur juridique par le seul fait qu'ils ont pu s'établir et se maintenir d'une façon continue du consentement *unanime* de tous les Etats intéressés ». Et la Cour explique sur quels faits d'après le comité on peut baser le consentement de la Roumanie.

En dehors de ces deux arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale (encore le deuxième n'est-il pas très concluant), il est tout à fait exceptionnel de rencontrer dans la jurisprudence des exemples de cette interprétation restrictive.

Dans une affaire West Rand Central Gold Mining c/ le Roi qui s'est posée devant le King's Bench d'Angleterre[3], Lord Robert Cecil a soutenu que les obligations contractuelles

1. *Id.*, p. 23.
3. L.R. 1905, 2 KB, 391.

qu'un Etat vaincu s'était créés avant le commencement d'une guerre deviennent les obligations du conquérant en cas d'annexion, se basant pour cela sur la proposition que le droit international fait partie du droit civil anglais. Commentant cette opinion, le Lord Chief Justice Alverstone dit :

« Il est parfaitement vrai que ce à quoi les nations civilisées ont généralement donné leur assentiment a dû recevoir l'assentiment de notre pays, et que ce à quoi nous avons consenti avec les autres nations en général peut proprement s'appeler le droit international... Mais si l'on se base sur une doctrine, il faut qu'elle ait été réellement acceptée comme obligatoire entre les nations, et le droit international qu'on désire appliquer doit comme toute autre chose, être prouvé de façon satisfaisante. Cette preuve sera fournie de la manière suivante : il faut montrer que la proposition en question a été reconnue et acceptée par notre pays, ou qu'elle est de telle nature, et a été si longuement et si généralement reçue qu'on ne pourrait guère supposer qu'un Etat civilisé les répudiât. Les simples opinions des jurisconsultes... ne sont pas d'elles-mêmes suffisantes. Elles doivent avoir reçu la sanction expresse du consentement international, ou être arrivées graduellement à faire partie du droit des gens, parce que, en pratique, elles ont été fréquemment appliquées dans les affaires des diverses nations »[1].

Le Lord Chief Justice, dans cette citation très circonstanciée, ne se place pas exactement au point de vue qui est le nôtre. On peut dire qu'il est partisan de la nécessité du consentement de la Grande-Bretagne à une coutume à elle opposable mais en isolant certains membres de phrases, on pourrait aussi bien voir en lui un partisan de la théorie opposée[2].

1. J.B. Scott, *Cases on International law*, p. 7-8.
2. Dans les travaux préparatoires des sentences de la C.P.J.I., nous relevons : Avis n° 6, Colons allemands en Pologne, 10 sept. 1923 : opinion de la « Prokuratorja generalna » de Pologne, transmise par la Pologne : à propos des devoirs

« En face des deux tendances, droit coutumier fondé sur la volonté des Etats, ou droit tiré des enseignements de la pratique et de la jurisprudence internationale, qui s'attachent à dégager les règles reconnues dans l'ordre juridique international, l'arrêt du Lotus a suivi la première », constate le Professeur Basdevant dans son cours professé à La Haye en 1936 :

« Mais, ajoute-t-il, cette orientation n'est peut-être pas définitive ; elle paraît s'expliquer par des raisons propres au cas particulier soumis à la Cour, et par des vues doctrinales qui ne semblent pas correspondre aux réalités de la vie internationale. Cette orientation est, au surplus, en contradiction avec ce que l'on a attendu de la création d'une juridiction internationale permanente, savoir le développement du droit par la jurisprudence »[1].

Comme nous avons été amenés à le laisser prévoir en faisant l'exposé de la doctrine, l'exigence du consentement unanime met gravement en danger l'existence de la coutume internationale.

Si on poussait cette théorie à l'extrême, on ne pourrait jamais contraindre un Etat à l'application d'une coutume à laquelle il ne voudrait pas consentir. Tout règlement des litiges entre Etats deviendrait impossible par la voie judiciaire, aucun Etat n'acceptant une règle dont l'application contiendrait sa condamnation.

de l'Etat successeur de remplir les obligations intérieures et extérieures prises par l'Etat prédécesseur : soutient qu'elles ne peuvent découler que de la propre volonté de l'Etat successeur, volonté qui peut trouver son expression soit dans des traités internationaux, soit implicitement dans l'acceptation tacite des règles généralement admises du Droit des gens, série C, p. 898.

Arrêt n° 9 : mémoire turc : demande l'adhésion unanime des membres de la communauté internationale pour l'établissement d'une règle coutumière, série C, p. 226. Consultation du professeur Diena, produite par Pologne : reproduit opinion du professeur Anzilotti qui déclare : « on pourra considérer la coutume comme prouvée seulement lorsqu'il résultera qu'en réalité les Etats se conduisent réciproquement d'une certains manière en ayant la conviction d'être obligés de le faire », série C, p. 353. — V. aussi série C, p. 179.

1. *Publication des Cours*, t. 4, p. 514 et suiv.

Aussi une solution moins rigide devrait-elle dominer dans la jurisprudence internationale. Une fois le principe établi que seul leur consentement peut lier les Etats (principe obligatoire si on ne veut pas supprimer l'élément essentiel de la coutume), on admet que la coutume peut n'avoir reçu l'assentiment que de la grande majorité des Etats. C'est ainsi, constate le Professeur Verdross dans son cours précité, que la jurisprudence s'efforce d'élucider la pratique générale, sans se borner à rechercher si les deux Etats en litige ont reconnu les règles coutumières.

Cette pratique ne va nullement du reste à l'encontre de la théorie de la formation de la coutume qui exige l'existence d'un *consensus omnium.*

M. Séfériadès, parlant de la codification du droit coutumier, estime que l'unanimité au sein même d'une conférence de codification ne doit pas être nécessaire, et qu'il n'est pas impossible de se contenter de l'avis de la majorité de ses membres. Et, ajoute-t-il, ceci ne consiste pas en une concession des Etats sur une quelconque partie de leur soi-disant souveraineté qui n'ait été déjà faite. « En effet, et d'autre part, il a été admis de tout temps que les cours arbitrales internationales devaient se prononcer à la majorité des voix de leurs membres, et il n'en est pas autrement de nos jours de la Cour Permanente de Justice Internationale de La Haye ; d'autre part il est également admis à l'heure actuelle, et il en fut toujours ainsi en principe, que le juge international doit appliquer, sauf convention contraire, « la coutume internationale comme preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit ».

« Or puisque, surtout de nos jours, la compétence de la Cour Permanente de Justice Internationale s'étend de plus en plus « sur toutes ou quelques unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet... tout point de droit

international », il est évident que dans le cas où l'un des Etats, plaidant devant elle, baserait sa demande sur l'existence d'une coutume qui serait contestée par l'autre, la Cour devra forcément prononcer sa sentence à la majorité de ses membres, en acceptant ou non l'existence de la coutume contestée, qui ainsi pourrait être appliquée malgré l'avis contraire non seulement de l'autre partie en cause, mais aussi malgré l'avis d'un certain nombre des magistrats de cette Cour »[1].

La force du consentement de la grande majorité des Etats trouve un argument dans ce qui arrive au moment de la reconnaissance de l'indépendance d'un Etat et de son admission dans la communauté internationale. Ceci est exprimée en particulier dans une sentence rendue au nom de la Cour suprême des Etats-Unis par le juge Wilson dans une affaire Ware c/ Hylgon en 1796 : « Quand les Etats-Unis se sont déclarés indépendants, ils ont été obligés d'accepter le droit des gens tel qu'il existait à ce moment »[1]. Ainsi l'obligation pour l'Etat de respecter le droit coutumier est une des conditions de son admission dans la communauté internationale. Où se trouve dans ce cas le consentement de l'Etat à qui on opposera plus tard les règles coutumières ?.

En réalité la jurisprudence ne peut avoir sur ce sujet d'opinion absolument arrêtée. Les tribunaux internationaux ne sont qu'une réunion de spécialistes du droit des gens, professeurs, techniciens, conseillers juridiques, etc... Ces spécialistes sont des agents de l'une ou de l'autre théorie. Comment ne pas admettre que de bonne foi, au cours de leur mandat jurisprudentiel, ils ne cherchent pas à faire triompher des solutions opposées ?

Cette divergence d'opinion se retrouve à l'intérieur même

1. *Publications des Cours*, t. 1930, t. 4, p. 210.
2. Moore, *A Digest of international law*, t. 1, p. 5.

de la Cour Permanente de Justice Internationale, à propos de l'affaire du Lotus que nous avons citée. Les juges Altamira et Loder se montrent dans leurs avis dissidents les partisans convaincus de chacune des deux thèses qui viennent d'être discutées. Nous relevons en effet dans l'avis dissident de M. Loder l'opinion que le consentement de la grande majorité des Etats est suffisante pour la formation ou la modification des règles coutumières[1]. Mais M. Altamira de son côté ne partage pas cette opinion ; et il s'exprime ainsi à propos de la liberté que posséderait chaque Etat d'imposer sa propre loi de juridiction aux étrangers : « Dans le cas d'une concurrence du genre dont il s'agit ici... cette liberté se trouve conditionnée par l'existence du consentement exprès ou tacite des autres Etats et particulièrement de l'Etat étranger en cause. Aussitôt que ceux-ci protestent, la liberté sus-mentionnée doit s'arrêter et sous réserve de l'examen du différend ainsi né, tout acte en conformité avec elle perd la base juridique que sans cela il aurait pu avoir... Le besoin du consentement est... un principe fondamental du droit international qui se base tout entier sur la volonté des Etats. Donc le consentement de l'Etat intéressé doit être nécessaire dans chaque cas appartenant à la catégorie que j'envisage maintenant... Admettre le contraire serait à mon avis manquer à une des conditions fondamentales de la société internationale, et aurait pour résultat d'ouvrir la porte à des conflits continuels qui pourraient entraîner les conséquences les plus fâcheuses »[2].

Il y a lieu de noter encore à propos de cette question la solution donnée par la jurisprudence à la question des réserves que peuvent faire les Etats vis-à-vis d'une règle coutumière.

Pour les partisans de la doctrine de l'accord tacite, ces réser-

1. *Publications de la Cour*, arrêt n° 9, série A, p. 34.
2. *Id.*, p. 103.

ves sont possibles. Il est plus difficile de les admettre avec la thèse d'un droit coutumier général naissant de la vie internationale.

Cette faculté de faire des réserves a néanmoins été admise par les tribunaux internationaux.

Elle a été entre autres affirmée en 1903 par une sentence arbitrale rendue dans l'affaire Kummeron entre l'Allemagne et le Vénézuela[1]. Mais ce précédent n'est pas absolument définitif, car d'abord sur le point envisagé, il n'y a pas de règles généralement reconnues, et ensuite la formule de cet arbitrage était énoncée en vue de donner une certaine interprétation à l'intention des deux Etats qui avaient conclu un traité.

On peut également rapporter l'attitude prise par les Etats-Unis à propos d'une sentence arbitrale rendue le 13 octobre 1921 par la Cour Permanente d'Arbitrage entre les Etats-Unis et la Norvège. Les Etats-Unis qui ont été condamnés se sont inclinés, mais dans une note M. Hughes faisait savoir que le gouvernement américain protestait contre le jugement et déclinait toute obligation d'être lié par lui à l'avenir[2]. On peut rapprocher de cette attitude celles prises en maintes occasions par des Etats à la suite de sentences rendues à leur encontre et par lesquelles ils dénient aux jugements rendus la valeur de précédents[3].

Enfin il faut faire entrer en ligne de compte ce qui s'est passé lors de l'élaboration du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Durant la cession de la Société des Nations au cours de laquelle a été discuté l'avant-projet, Lord Balfour a relevé que la jurisprudence de la Cour contribuerait à modifier graduellement le droit international, qu'elle

1. Descamps et Renault, *Traités du* xx^e *siècle*, 1903, p. 783.
2. *American journal of international law*, 1923, p. 282.
3. V. *infra*, p. 166 et suiv.

serait un élément important pour la formation et le développement d'un droit international coutumier, et que cette conséquence n'ayant pas été envisagée lors de l'élaboration du pacte de la Société des Nations, il fallait permettre à un Etat de protester non contre les décisions de la Cour mais contre les conclusions ultérieures qui sembleraient découler de cette décision [1].

La réponse à cette préoccupation de Lord Balfour a été l'introduction de l'article 59 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale d'après lequel la décision n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. L'introduction de l'effet relatif de la chose jugée écartait pour la Cour l'établissement du système anglo-saxon touchant à l'autorité des précédents. C'est déjà la crainte de voir se former par la jurisprudence un droit coutumier auquel elle ne pourrait se dérober qui avait incité la Grande-Bretagne à réunir la Conférence de Londres en 1908 pour fixer le droit qu'aurait à appliquer la Cour Internationale des Prises. En 1920, la faculté donnée aux juges de la minorité d'exprimer leur opinion dans des avis dissidents a consolidé la garantie donnée à l'Angleterre.

Quoiqu'il en soit, il semble qu'aujourd'hui puisque rien ne le lui interdit, un Etat puisse faire des réserves sur les principes énoncés par la Cour, pour éviter la formation d'un précédent qu'il juge contraire à ses intérêts.

On peut admettre cependant que, quelque soit l'attitude d'un Etat dans une telle occurence, la Cour conserverait intacte sa liberté d'appréciation. Dans ces conditions elle ne rencontrerait pas de difficulté particulière du fait de cette protestation dans son œuvre pour l'établissement et le renforcement d'une jurisprudence internationale.

1. *Documents publiés par la S.D.N.*, p. 38.

§ 3. — *Les coutumes relatives.*

Une coutume relative est une coutume qui n'est reconnue et appliquée que par un nombre restreint d'Etats. Dans les rapports de ces Etats avec le reste de la communauté internationale, une telle coutume est considérée comme inexistante.

Cette notion particulière de coutume apparaît comme un corollaire de la théorie de la nécessité du consentement d'un Etat pour rendre cette règle valable à son égard. Si l'on admet qu'une règle n'est valable qu'à l'égard des nations qui l'ont acceptée, qu'elle ne s'applique pas d'une manière absolue, on est en présence de coutumes relatives.

En effet, cette notion ne trouve pas de place dans un système où on envisage les règles coutumières comme obligatoires dès qu'elles sont appliquées par un certain nombre d'Etats. Au moment où une coutume est créée, on suppose qu'elle a reçu un nombre suffisant d'adhésions pour pouvoir parler de pratique générale, et dans ce cas les partisans de cette théorie l'appliquent à tous les Etats sans exception. Si au contraire, la règle envisagée n'est suivie que par un petit nombre de nations, elle n'acquiert pas une force suffisante pour devenir obligatoire et elle ne s'impose pas. Il n'y a pas en réalité de coutume. La règle qui lie ces quelques Etats revêt alors le caractère d'une convention tacite.

Nous n'entreprendrons pas ici une étude générale des coutumes relatives, pour la raison principale qu'elle n'a pas été abordée jusqu'à maintenant par les tribunaux internationaux.

En ce qui concerne les textes, il y a lieu de remarquer qu'aucun d'entre eux n'a envisagé la question.

L'article 7 de la convention XII signée à La Haye en 1907 et relative à la Cour Internationale des Prises précise seule-

ment que ce tribunal appliquera « les règles généralement reconnues ».

Quant à l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, quoiqu'il mentionne dans son alinéa 1er le droit international conventionnel relatif à côté du droit conventionnel général, il n'impose l'application, en ce qui concerne la coutume que d'une « pratique générale ». Cette imprécision des termes de ce texte fait surgir la question de savoir si la Cour devrait appliquer, le cas échéant, une coutume relative. Nous allons voir que cette question ne s'est pas encore posée devant elle, et elle n'a jamais fait appel qu'à des règles générales sous le nom de « droit international commun ».

La question des coutumes relatives avait été abordée dans l'affaire du Lotus. Au cours de la procédure s'étaient heurtées la thèse française qui cherchait à imposer à la Turquie des règles obligatoires à l'égard de tous les Etats, et la thèse turque qui consistait à ne pas mettre en doute l'existence des coutumes qui lui étaient opposées, mais à refuser de se trouver liée par elles par suite de l'absence de son consentement [1]. La Cour dans son arrêt n'est pas entrée dans ces considérations. Après avoir rappelé au début de sa sentence que le droit

1. On lit dans la consultation du professeur Fedozzi versée au dossier par le gouvernement turc que « si l'on voulait donner aux précédents la valeur décisive à laquelle semble prétendre le gouvernement français, tout au plus pourrait-on soutenir l'existence d'une coutume particulière limitée et, liant seulement les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la France, et qui ne saurait être invoquée dans les rapports entre l'un de ces Etats et les Etats tiers, qui n'ont pas concouru à créer la coutume et ne l'ont pas acceptée après qu'elle a été créée par les autres ». Et cet auteur cite le professeur Anzilotti, qui « avec sa grande autorité a reconnu nettement l'impossibilité d'admettre que la coutume une fois formée, doive servir pour tous les Etats qui font partie de la commuanuté internationale, indépendamment de leur volonté. En effet, on n'a aucune raison de considérer une coutume comme obligatoire à l'égard des Etats qui n'ont pas concouru à la créer ou qui n'y ont pas adhéré, de même qu'on ne peut pas regarder comme obligatoire un traité réglementaire par rapport aux Etats qui n'y ont pas pris part ou qui n'y ont pas adhéré par la suite ». C'est là, ajoute le professeur Fedozzi, une conséquence nécessaire et indiscutable du caractère volontaire qu'on attribue généralement au droit international (S.C. p. 337. V. encore p. 339, 371, 401).

V. également n° 44-1931, traitement des nationaux polonais à Dantzig, une évocation du droit public européen dans mémoire polonais, série C, p. 129.

qu'elle devait appliquer d'après l'article 15 de la convention de Lausanne du 24 juillet 1923 était les « principes du droit international », elle s'en est tenue à une conception universelle du droit des gens.

Du reste, cette manière de voir de la Cour Permanente de Justice Internationale est celle que l'on retrouve tant dans la jurisprudence arbitrale que dans les décisions des tribunaux arbitraux mixtes et les tribunaux de prises[1].

Nous nous contenterons de nous en référer sur ce point, en ce qui concerne les sentences arbitrales, aux nombreuses décisions qui ont été précédemment citées et qui se rapportent toutes à l'application d'un droit généralement opposable à tous les Etats faisant partie de la communauté internationale.

Quant aux tribunaux arbitraux mixtes, l'affaire Kuntel contre Etat polonais, tranchée le 2 décembre 1925 par le tribunal germano-polonais, apporte un exemple de l'invocation de « règles universellement admises en droit des gens »[2].

Enfin, pour les décisions des tribunaux de prises, les affaires de l'Odessa et du Cape Corso[3], du Zamora[4] ou du Hakan[5], illustrent également le principe que nous venons d'exposer.

1. V. M. Bourquin, *Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1931, t. 1, p. 63 ; J. Basdevant, *id.*, 1936, t. 4, p. 488.
2. *Recueil des décisions des T.A.M.*, t. 4, p. 971 et suiv.
3. Fauchille et Basdevant, *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 1, p. 110 et 111.
4. *Id.*, t. 2, p. 79.
5. *Id.*, t. 2, p. 188 et suiv.

CHAPITRE II

PREUVE DE LA COUTUME

Section I

Généralités.

I. — En étudiant la théorie générale de la coutume, au cours de la deuxième partie, nous en avons limité l'exposé à une discussion presqu'exclusivement théorique.

Il nous reste à aborder la même étude du côté pratique, du point de vue qui est celui du juge auquel les parties en litige réclament l'application d'une coutume qu'elles invoquent.

La raison pour laquelle nous avons adopté cette division est que d'une part elle permet d'aérer l'exposé d'une jurisprudence très touffue, et que d'autre part, elle se réfère au texte de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale dont l'alinéa 2 considère la coutume comme « la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ».

Cette disposition rappelle que l'existence d'une règle coutumière ne peut résulter que d'un ensemble de faits montrant que les Etats se considèrent comme juridiquement tenus d'agir d'une façon déterminée. En effet, rechercher l'existence d'une coutume, c'est établir les faits sur lesquels

elle repose, c'est la prouver. Dans toutes les hypothèses où le droit coutumier n'est pas incorporé dans un traité, et où il ne s'est pas transformé en droit écrit, il ne saurait être prouvé autrement que par le rappel des faits qui ont constitué ses deux éléments.

Du reste pour M. Séfériadès, la preuve de la coutume se bornerait à celle des faits constitutifs de l'élément matériel, qu'ils soient positifs ou négatifs. En effet, dit-il, l'existence d'une coutume devient certaine dès que les actes consécutifs matériels deviennent certains, sans qu'on ait à prouver l'élément psychologique de l'assentiment de ceux qui par leurs actes ont contribué à sa création ; ni même l'élément plus psychologique encore de l'existence de l'*opinio juris sive necessitatis* qui a dû accompagner tout acte positif ou toute abstention coutumière[1].

Quant à M. J.-C. Witenberg, il constate qu'en principe, les parties à un litige n'ont pas à prouver les faits, car par eux-mêmes ils semblent échapper à la nécessité de la preuve. Il semble donc, constate-t-il, « que le principe selon lequel la règle de droit est réputée connue du juge va dispenser les faits dont s'agit de la procédure de preuve. Le juge international est censé les connaître et s'il les ignore, il lui appartient d'en acquérir lui-même la connaissance »[2]. C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt du Lotus ; la Cour constate : « que dans l'accomplissement de sa tâche de connaître elle-même le droit international, elle a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits qui lui étaient accessibles, et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l'existence d'un des principes du droit international visés au compromis »[3].

1. *Revue générale de droit international public*, 1936, p. 144.
2. *Cours* professé à l'Adcadémie de Droit international de La Haye, 1936, t. 2, p. 37 et suiv.
3. *Publications de la Cour*, arrêt n° 9, série A, p. 31.

« Mais cette pratique, ajoute M. Witenberg, est un peu théorique, les Etats parties ont soin de rechercher les précédents. Il peut du reste s'ensuivre une controverse entre parties sur la portée ou même la réalité des précédents invoqués ».

C'est la méthode employée soit par les parties soit par le tribunal pour établir l'existence d'une coutume que nous allons tenter d'exposer dans ce chapitre.

II. *Terminologie.* — La terminologie servant à désigner ces éléments créateurs n'est pas très étendue.

a) Ils ont été quelquefois visés par le terme d' « *indices* ». C'est par exemple le cas du Professeur Anzilotti qui se trouve cité à deux reprises dans l'exposé de la défense de la Turquie au cours des travaux préparatoires de l'arrêt du Lotus ; cet auteur établit d'abord que la coutume internationale ne peut résulter que d'actes des Etats accomplis dans le domaine international. Puis il ajoute qu' « il ne faut jamais oublier qu'il ne s'agit que de simples indices : ni des lois internes concordantes sur une certaine matière, ni l' «*auctoritas rerum similiter judicatarum* » dans plusieurs Etats ne suffisent à démontrer l'existence d'une coutume internationale... »[1].

A l'exemple du Professeur Anzilotti, la Cour Permanente de Justice Internationale dans son arrêt a reproduit cette expression. Recherchant s'il existait une règle de droit coutumier qui décidât qu'en cas d'abordage en haute mer les poursuites pénales seraient du ressort exclusif de l'Etat du pavillon ; elle déclare qu'en présence de la division existant dans la jurisprudence nationale, il n'était « guère possible d'y voir un indice de l'existence de la règle restrictive de droit interna-

1. Consultation du professeur Diena, produite par le gouvernement turc, série C, p. 353 et suiv.

tional qui seule pouvait servir de fondement à la thèse du gouvernement français »[1].

b) Mais ce terme n'est pas très usité. Beaucoup plus souvent les Etats se servent des mots « *pratique* » et « *précédents* ».

La pratique est une expression vague, susceptible de désigner des phénomènes variés. On a vu dans le chapitre consacré aux définitions qu'elle est souvent employée comme synonyme de coutume. Rechercher dans ce cas la pratique, c'est rechercher la règle coutumière. A d'autres moments, elle a un sens plus restreint et indique simplement la conduite des Etats, conduite d'où peut résulter une coutume, ou même de simples usages sans prétentions coutumières.

Voici quelques exemples tirés de la jurisprudence internationale où le mot pratique désigne les actes des Etats sur lesquels sera basée la coutume :

Nous en trouvons un premier exemple dans l'affaire des Boutres de Mascate tranchée par la Cour Permanente d'Arbitrage. La Cour considère « que la situation légale de navires portant des pavillons étrangers et des propriétaires de ces navires dans les eaux territoriales d'un Etat oriental est déterminé par les principes généraux de juridiction, par les capitulations et autres traités et par la pratique qui en est résultée... »[2].

De même dans l'arrêt du Lotus, la Cour Permanente de Justice Internationale recherche si « selon la pratique des Etats, la compétence de l'Etat du pavillon n'est pas consacrée comme exclusive... pour le cas d'abordage en haute mer »[3].

1. *Id.*, série A, p. 29.
De même on trouve dans le contre-mémoire déposé par la Pologne dans l'affaire relative à la question de fond de l'usine de Cherzow (arrêt n° 13), l'affirmation que la responsabilité de cet Etat en ce qui concerne les conséquences de l'exploitation de cette usine, ne saurait être fixée « que d'après les règles positives du droit international telles qu'elles se laissent dégager des indices fournis par la pratique et la jurisprudence internationale », série C, p. 156 et suiv.
2. J.B. Scott, *Sentences de la C.P.A.*, p. 104.
3. Arrêt n° 9, série A, p. 21.

Enfin, dans une sentence arbitrale rendue le 18 juin 1929 le tribunal déclare : « Considérant qu'en principe les droits tenus, par une compagnie privée, d'un acte de concession, ne sauraient être mis à néant ou lésés du seul fait que le territoire sur lequel est assis le service public concédé a changé de nationalité ; que la majorité des auteurs et les solutions de la pratique internationale les plus conformes à la conception moderne du droit des gens sont en ce sens... »[1].

c) Mais l'appellation la plus couramment employée est celle de *précédents.*

Les précédents sont autre chose que la coutume. Ils en sont les prémisses, les symptômes qui réunis en nombre suffisant permettront sa constatation. C'est ainsi que Kosters peut rappeler que dans l'arbitrage international, il arrive qu'on statue suivant « the rules of international law and precedents applicable to the case (Etats-Unis contre Colombie 1872) ».

Le mot précédent d'une manière générale désigne toute manifestation de la vie internationale susceptible, avec beaucoup d'autres, de former du droit coutumier.

Nous trouvons dans la jurisprudence peu de passages consacrés à l'étude de ces précédents.

Voici quelques exemples de décisions internationales qui y font allusion :

Dans l'affaire du Lotus, la Cour Permanente de Justice Internationale recherche si un principe existe en droit international interdisant à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons. « La recherche doit se faire, dit-elle, au moyen d'un examen des précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est dans

1. *Les fondements du Droit des gens*, p. 238. » V. encore avis n° 4, Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, Grande-Bretagne / France, série C., p. 223 et suiv. —.Arrêt n° 13, usine de Chorzow, Allemagne /Pologne, discours allemand, série C, p. 74.

les précédents de cette nature que pourrait se manifester le cas échéant, l'existence d'un principe général applicable en l'espèce »[1]. Et plus loin, la Cour constate que « dans l'accomplissement de sa tâche de connaître elle-même le droit international, elle ne s'est pas bornée à cet examen, mais a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l'existence d'un des principes du droit international visés par le compromis[2].

On peut encore citer l'exemple de l'arbitrage de l'île Palmas entre les Etats-Unis et les Pays-Bas. Après le titre et la continuité de l'occupation, le tribunal examine « le titre résultant de la contiguité ». Il remarque alors qu'aucun titre de la possession ne peut résulter de la contiguité. Et il s'exprime ainsi :

« Bien que des Etats aient soutenu dans certaines circonstances que les îles relativement proches de leurs côtes leur appartenaient en vertu de leur situation géographique, il est impossible de démontrer l'existence d'une règle de droit international positif portant que les îles situées en dehors des eaux territoriales appartiendraient à un Etat à raison du seul fait que son territoire forme pour elle la *terra firma*. Non seulement, il semblerait qu'il n'existe pas de précédents suffisamment nombreux et d'une valeur suffisamment précise pour établir une telle règle de droit international, mais le principe invoqué est lui-même de nature si incertaine et si controversée que même les gouvernements d'un même Etat ont en diverses circonstances émis des opinions contradictoires quant à son bien fondé »[3].

1. Arrêt n° 9, série A, p. 21.
2. *Id.*, p. 31. — V. encore Mémoire français, série C, p. 194, 199, 201 ; contre mémoire français, p. 276, discours français, p. 78.
3. *Sentence du 4 avril* 1928, « *Revue générale de droit international public* », 1935, p. 182.

Nous voyons que tout en tenant compte des précédents, la jurisprudence internationale n'approfondit pas leur théorie. Nous n'avons trouvé de plus amples explications à ce sujet que dans le discours prononcé pour la défense de la Suisse par M. Logoz au cours de la procédure qui a précédé l'ordonnance rendue le 19 août 1929 par la Cour Permanente de Justice Internationale.

Au cours de ce discours, le représentant de la Suisse s'est ainsi exprimé : il s'agissait de savoir si la stipulation pour autrui est admise en droit international « Quant aux précédents, dit-il, j'en citerai. Mais je fais observer dès à présent qu'il serait inexact de parler ici de précédents dans le sens que ce mot a en droit national. En droit international, on appelle « précédent » la décision par laquelle une autorité, par exemple un tribunal, fait application d'un principe général, et par là même en présise le sens. L'autorité chargée d'appquer un principe lui donne en l'appliquant sa signification précise pour l'avenir puisqu'elle ne saurait dorénavant l'appliquer différemment sans se contredire. Les justiciables ont malgré tout quelque droit à pouvoir compter sur une certaine stabilité de la jurisprudence »[1].

Ainsi les décisions de jurisprudence, tout comme les manifestations de la volonté des Etats, contribuent à la formation de la coutume, et participent, même à l'état de précédent, de la force obligatoire qui sera reconnue à la coutume.

Le sens assez imprécis du mot précédent a conduit les auteurs à lui assigner des limites plus ou moins larges. M. Fauchille par exemple traitant de la jurisprudence internationale, y fait entrer à peu près toutes les manifestations de volonté

1. Ord. du 19 août 1929, Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, série C, p. 198.

des nations susceptibles de guider les juges dans leur recherche du droit coutumier.

« Des forces diverses, écrit-il, concourrent à faciliter l'éclosion ou à favoriser la consolidation des règles coutumières. L'autorité des publicistes et des jurisconsultes, la clairvoyance des hommes d'Etat, l'habileté des diplomates, les décisions des tribunaux en matière internationale (tribunaux d'arbitrage, cours des prises), les traités eux-mêmes ont participé à la formation de la jurisprudence internationale »[1].

Cette énumération est intéressante en ce qu'elle indique pour la formation de la jurisprudence internationale et par conséquent du droit coutumier, la valeur de la doctrine, de l'activité gouvernementale et diplomatique des nations, les décisions des tribunaux internationaux et nationaux, les traités enfin. Elle accorde aux précédents un domaine très large qui ne leur est pas toujours reconnu.

Sans entrer plus avant dans l'examen d'opinions doctrinales, si nous examinons la jurisprudence, nous sommes amenés une fois de plus à puiser dans les motifs de l'arrêt du Lotus.

Recherchant si le principe de la compétence de l'Etat du pavillon sur tout ce qui se passe à bord d'un navire marchand en haute mer est exclusif, la Cour déclare que « le gouvernement français s'est efforcé de démontrer l'existence d'une pareille règle en ayant recours à la doctrine, aux précédents de la jurisprudence nationale et internationale, et souvent à des conventions... »[2]. La construction de la phrase autorise à penser que les décisions de jurisprudence, soit nationales, soit internationales, seraient susceptibles de former des précédents. Plus loin, la Cour déclare avoir examiné la question en étendant

1. *Traité de Droit international public*, p. 41, n° 51.
2. Arrêt n° 9, *Publications de la Cour*, série A, p. 25.

« ses recherches à tous précédents, doctrine et faits qui lui étaient accessibles »[1].

Dans un compromis du 2 novembre 1882, signé par le Chili et la France au sujet des dommages causés à des citoyens français pendant la guerre du Chili contre le Pérou et la Bolivie, on lit dans l'article 4 : « Chaque gouvernement pourra constituer un agent qui veille aux intérêts de ses comettants et en prenne la défense ; qui présente des pétitions, documents, interrogatoires ; qui pose des conclusions ou y réponde ; qui appuie ses affirmations et réfute les affirmations contraires ; qui en fournisse les preuves, et qui, devant la commission par lui-même ou par l'organe d'un homme de loi, verbalement ou par écrit, conformément aux règles de procédure et aux voies que la commission elle-même arrêtera en commençant ses fonctions, expose les doctrines, principes légaux ou précédents qui conviennent à sa cause »[2].

Nous allons donc entreprendre l'étude des divers indices, ou précédents, en examinant les faits qui peuvent être retenus par le juge pour les constituer.

Avant d'aborder cette étude proprement dite, il est intéressant de reproduire une fois de plus un extrait de l'arrêt du Lotus :

« On aboutit.. à la nécessité de rechercher si oui ou non le droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer, dans les circonstances de ce cas, des poursuites pénales contre le lieutenant Demons... La recherche doit se faire au moyen d'un examen des précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette

1. *Id.*, p. 31.
2. La Fontaine, *Pasicrisie*, p. 233.

nature que pourrait se manifester le cas échéant, l'existence d'un principe général applicable en l'espèce »[1].

Ainsi le premier soin du juge international dans sa recherche de la règle coutumière applicable consiste à ne rechercher, par le système dit de l'analogie, que la règle qui s'est formée dans les mêmes conditions que celles qui caractérisent le litige à régler. C'est ne demander l'application que de coutumes formées dans des cas semblables. Si par exemple le litige est né à l'occasion de l'attitude d'un Etat en présence d'une décision judiciaire internationale, les précédents seront retenus qui se sont produits dans des circonstances analogues.

Ces circonstances peuvent être séparées en un certain nombre de catégories et elles seront examinées ici dans l'ordre suivant :

1° Les décisions judiciaires internationales ;

2° Les traités ;

3° L'attitude des Etats, comprenant les actes des gouvernements, les lois internes et la jurisprudence nationale.

4° La doctrine ;

5° Le droit romain.

En pratique, il est très rare qu'un tribunal ait à rechercher une règle coutumière dans tous les domaines qu'offrent ces circonstances de l'activité internationale. Le plus souvent les juges n'ont qu'un petit nombre de précédents à examiner pour arriver à la conclusion qu'ils constituent la preuve d'une coutume ou au contraire qu'ils sont insuffisants[2].

1. Arrêt du *Lotus*, série A, p. 21.
2. Cas du *Lotus*, « *Revue générale de droit international public* », 1932, p. 682-688.

Section II

Preuve par les décisions judiciaires internationales.

Les décisions judiciaires constituent l'une des sources les plus abondantes de précédents à la coutume internationale.

On peut distinguer deux catégories de décisions judiciaires : celles qui sont rendues par des tribunaux internationaux proprement dits comme les tribunaux arbitraux ou la Cour Permanente de Justice Internationale, et celles qui émanent de tribunax nationaux jugeant en matière internationale comme les cours des prises ou la Cour suprême des Etats-Unis.

Seules les décisions de la première catégorie seront étudiées dans cette section, l'examen des précédents tirés des décisions des tribunaux internes étant renvoyé à la section qui traite de l'attitude des Etats.

Il faut noter toutefois, et nous ne manquerons pas de le relever à l'occasion, qu'il arrive souvent que les décisions des deux ordres de juridiction soient concordantes. Dans ce cas, les précédents de chaque espèce sont également retenus comme base de la règle à prouver, et il va sans dire que celle-ci s'en trouve singulièrement renforcée. De nombreuses constatations que nous reproduiront dans une section intéressent donc également les décisions de tribunaux internes.

L'importance des décisions judiciaires en tant que précédents procède de l'attraction naturelle qu'exerce la jurisprudence antérieure sur une Cour de justice quelconque. Tout au cours du XIX^{e} siècle, nous trouvons des compromis d'arbitrage déclarant se soumettre aux règles de droit et en même temps à la pratique et à la jurisprudence établie par les tribunaux

récents analogues ayant le plus d'autorité et de prestige[1].

On peut même dire que l'autorité des précédents tirés de la jurisprudence n'a fait que s'accroître jusqu'à nos jours du fait que d'une part, avec les progrès de la documentation internationale ils ont été de plus en plus connus, et que d'autre part la jurisprudence a tendu de plus de plus à remplir le rôle du législateur international défaillant.

§ 1. — *Doctrine.*

Ce rôle des précédents est clairement expliqué par Kosters : « Il arrive..., dit-il, qu'on statue conformément à « the rules of international law and precedents applicable to the cause », par là on désigne surtout les précédents judiciaires (Etats-Unis c/ Colombie, 1872). On remarque souvent qu'on a spécialement en vue des sentences arbitrales antérieures. C'est le cas lorsque dans nombre de différends entre Etats du Sud et du centre de l'Amérique d'une part et divers Etats européens de l'autre il doit être statué « conformément aux principes du droit international, ainsi qu'à la pratique et la jurisprudence établies par les tribunaux récents analogues ayant le plus d'autorité et de prestige »[2]. « C'est encore le cas, ajoute cet auteur, dans l'arbitrage entre les Etats-Unis et la Norvège, en 1921 lorsque les arbitres se demandent si la loi nationale concerne avec « the well established principles of international law including the customary law and the practice of judges in other international courts ».

Puis il ajoute : « De valeur non moins grande seront pour la formation du droit coutumier des nations les décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale, comme organe

1. Cette tendance est surtout sensible dans le dernier quart du XIX[e] siècle. V. *supra*, p. 21, particulièrement, note 2.
2. *Les fondements du droit des gens*, p. 238.

de tant l'Etats. Sous ce rapport, la dispositions de l'article 59 du Statut de la Cour « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé » ne doit pas être mal comprise ».

Sur le rôle des tribunaux internationaux dans la formation du droit coutumier, nous avons également le précieux avis de M. de Visscher exprimé dans le cours qu'il a professé à l'Académie de La Haye en 1925, il s'exprime ainsi :

« La jurisprudence des tribunaux internationaux a joué dans la formation du droit international un rôle considérable et qui s'est exercé dans une double direction. D'une part, la pratique déjà longue de l'arbitrage a donné naissance à un ensemble de règles de procédure qui constituent un véritable « droit coutumier arbitral ». D'autre part la jurisprudence arbitrale a contribué dans une mesure plus restreinte peut être, mais cependant réelle, à la formation de règles de fond ou de droit matériel ; les solutions consacrées par une série de décisions concordantes ont contribué à la consolidation du droit coutumier. Il va sans dire que cette contribution des juridictions internationales à la formation du droit est appelée à grandir grâce à l'institution de la Cour Permanente de Justice Internationale »[1].

Le Professeur de Visscher met ainsi en lumière le rôle des sentences internationales, tant dans la formation d'un droit procédural que dans l'établissement de règles coutumières internationales. Et dans la suite de son exposé, cet auteur précise bien que ces règles techniques ou constructives ne s'imposent pas en tant que décisions de jurisprudence, mais bien comme règles coutumières lorsqu'il résulte de décisions suffisamment nombreuses qu'elles ont reçu l'assentiment général des Etats. « A ce titre, ajoute-t-il, (la jurisprudence)

1. *Publication des cours*, 1925, t. 6, p. 357.

est un élément de formation et un mode d'expression de la coutume. Si l'on veut employer le mot source, elle est une source de la coutume, elle n'est pas une source de droit distincte, indépendante de la coutume »[1].

D'autre part, le juge Weiss, dans l'opinion dissidente qu'il a formulée à propos de l'arrêt du Lotus, déclare que « le droit international ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes ; il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes et de donner à ces principes une formule satisfaisante », et ceci parce que « le droit international n'a d'autres source que le *consensus omnium* »[2].

Cet extrait nous ramène à la saine conception de la coutume internationale que l'étude des diverses sortes de précédents ne doit pas nous faire perdre de vue. Somme toute, les opinions diverses que nous sommes amenés à confronter, ne s'expliquent dans leurs divergences que dans une méthode différente d'apprécier le *consensus* des Etats intéressés. Les arrêts concordants sont la preuve d'une continuité dans la conscience juridique internationale, élément essentiel de la formation de la coutume.

Cependant l'importance de la jurisprudence, tout au moins arbitrale, n'a pas pour M. Politis la portée que lui assigne le Professeur de Visscher. Dans son ouvrage intitulé « *La justice internationale* » cet auteur analyse le système de la justice facultative et lui trouve un défaut : celui de ne pas permettre la création d'une véritable jurisprudence. Il s'ensuivrait que l'intérêt des décisions arbitrales en tant que précédents s'en trouve singulièrement diminué. « En effet, dit-il, il (le système

1. V. aussi J.W. Garner, *Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, en 1931, t. 1, p. 662 et suiv. ; J. Witenberg, *id.*, 1932, t. 3, p. 15 et suiv.
2. Série A, p. 43. — V. *supra*, p. 113.

de la justice facultative) ne comporte ni unité d'organe, ni continuité de fonction, ni lien conscient entre les divers procés. Les arbitres se succèdent sans se connaître ; et sans soupçonner l'œuvre de leurs prédécesseurs. Les précédents, ignorés, ne fournissent pas de guide. De là des décisions souvent contradictoires »[1].

Cependant, « la force de la raison supplée dans une certaine mesure au défaut signalé. Les mêmes faits aboutissent à des conséquences semblables. Plusieurs règles confirmées par des sentences successives finissent par être définitivement reçues. D'autres sont posées et à leur sujet les éléments fournis par les sentences permettent l'ébauche de nouvelles doctrines, les résultats ne sont pas dus à l'influence des précédents. Ils sont en quelque sorte spontanés ».

L'opinion de M. de Lapradelle tranche sur celles que nous venons d'évoquer. Dans son cours de doctorat sur la justice internationale, il étudie successivement la question au point de vue positiviste et au point de vue rationaliste. « Pour la constatation de la volonté d'un Etat particulier, dit-il, une décision de la jurisprudence internationale qui peut être contraire à la volonté de l'une des parties n'a absolument aucune espèce de force, je dirai même aucune espèce de signification, aucune valeur. Ainsi la jurisprudence ne saurait, du point de vue positiviste, former un élément de la coutume internationale.

« Du point de vue rationaliste, pas davantage, car il s'agit de déterminer les principes généraux du droit, la décision de justice est un témoignage d'une conviction juridique étrangère à celle des Etats. C'est la conviction juridique du juge qui s'exprime par la décision, ce n'est pas celle des Etats qui sont venus devant lui. C'est donc une véritable erreur que de consi-

1. P. 93,

dérer les décisions de la jurisprudence internationale comme les éléments de la formation du droit coutumier »[1]. Et le Professeur de Lapradelle ajoute que c'est très bien ainsi, car conférer aux décisions de jurisprudence internationale une certaine force obligatoire conduirait à entraver l'évolution du droit international.

Mais, après avoir posé ces principes, il revient un peu sur les conséquences extrêmes de ses déclarations. Il prend en considération pour ce fait le fait que les juges appelés à dire le droit ne le font jamais sans une grande présomption de vérité. « Il est clair, dit-il, que du moment que des hommes compétents ont examiné un problème, fut-ce dans le cadre d'une espèce, les règles qu'ils ont posées se présentent désormais à tous avec une certaine présomption de vérité ».

Cette constatation nous fait revenir sur terre, les juges sont appelés à rendre la justice, or la justice, ce n'est pas l'opinion de tel ou tel Etat partie au litige, c'est l'état de chose qui résulte de l'application du droit. Ainsi, en appliquant plusieurs fois le même critère à la solution de différents analogues, la jurisprudence aboutit-elle à placer la norme choisie sur un plan supérieur à elle-même et à en faire la preuve d'une véritable règle juridique, d'une règle de coutume internationale.

Avant d'aborder la question de la valeur reconnue en tant que précédents aux décisions judiciaires dans la jurisprudence internationale elle-même, il convient de signaler l'importance qui leur est reconnue par l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale.

L'importance de la jurisprudence, du reste tant nationale qu'internationale, a été relevée par le paragraphe 4 de ce texte, qui est ainsi rédigé : « Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les

1. *Cours de doctorat*, 1932-1933, 18e leçon, p. 13.

plus qualifiés, comme moyen auxiliaires de détermination des règles de droit », sont appliquées par le tribunal.

Le Comité des juristes et l'Assemblée de la Société des Nations se sont placés, pour la construction de cette phrase (qui répond à celle de l'alinéa 2 comme nous l'avons déjà constaté) sous l'angle de la preuve et non de la formation de la règle coutumière. Ils ont en même temps pris soin de limiter le rôle tenu par ces précédents, qui ne sont pas le droit, mais seulement un moyen de le découvrir.

« Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes mentionnés par le paragraphe 4, écrit le Professeur Le Fur, n'interviennent qu'à titre de « moyens auxiliaires » à défaut des moyens précédents, elles n'ont qu'un « caractère élucidateur » suivant l'expression du baron Descamps, président du Comité des juristes chargé d'alaborer le statut de la Cour »[1].

Cette idée est confirmée par la réserve de la disposition de l'article 59, qui déclare que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »[2].

Heilborn, dans son cours professé à La Haye, montre que cette règle est contraire au principe anglo-saxon qui attribue une force particulière aux précédents[3].

Notons que certains traités renvoient expressément à la jurisprudence : par exemple l'articl 5 de la Convention franco-chilienne du 2 novembre 1882, l'article 5 de la convention britanno-chilienne du 26 septembre 1893, l'article 5 de la convention franco-chilienne du 19 octobre 1894, l'article 4 de la convention conclue le 1er novembre 1895 entre le Nica-

1. *Chronique* parue au Dalloz Hebdomadaire, 1931, p. 57.
2. V. aussi Becket, *Cours* professé à La Haye, 1932, t. 1, p. 253 et 255 ; A. Verdross, *id.*, 1929, t. 5, p. 305 et 306.
3. *Id.*, 1926, t. 1, p. 53.

ragua et la Grande-Bretagne, l'article 5 de la convention signée le 25 novembre 1898 entre l'Italie et le Pérou[1].

§ 2. — *Jurisprudence.*

Ces opinions doctrinales sur lesquelles nous nous sommes un peu attardés ne doivent pas nous faire perdre de vue l'objet de notre étude : la jurisprudence.

La première constatation qui se dégage de son examen, est qu'en général les tribunaux n'épiloguent pas longtemps sur la nature et la valeur de ces précédents. Ils se contentent le plus souvent d'apprécier sans beaucoup de commentaires les décisions qui sont susceptibles d'influer sur leur propre sentence.

On peut même citer à ce propos l'affaire Eldredge entre les Etats-Unis et le Pérou, qui fait partie d'un règlement d'indemnités demandées par des citoyens des deux Etats. Les commissaires n'ayant pu tomber d'accord avaient soumis à l'arbitre diverses questions dont la dernière état : « conséquences résultant pour le Pérou de l'établissement d'un précédent si l'on faisait droit à sa demande ». Le surarbitre a répondu en ces termes :

« La commission mixte qui n'est soumise à d'autres lois que celles qui dérivent des principes de justice et d'équité, du droit international et des traités publiés ne doit pas prévoir d'autres conséquences que celles qui dérivent directement de ses sentences, et la troisième question soumise au surarbitre échappe à sa compétence »[2].

Cependant les déclarations théoriques concernant le rôle des décisions antérieures abondent dans la jurisprudence internationale.

1. Traités rapportés par J. Witenberg, *id.*, 1932, t. 3, p. 15 et suiv.
2. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, p. 265.

A. — *Arbitrages.*

Tout d'abord en ce qui concerne les arbitrages, on constate que vers la fin du XIX^e siècle, certains Etats signataires de conventions arbitrales, surtout parmi les Etats centre et sud-américains, ont une tendance à apprécier la jurisprudence antérieure, lui accordant même souvent la valeur d'une véritable source du droit.

C'est ainsi que les compromis de deux arbitrages signés entre le Chili, la France et l'Italie à propos de dommages causés à ces deux derniers pays par la guerre entre le Chili, le Pérou et la Bolivie portent que « la commission mixte jugera les réclamations d'après la valeur de la preuve fournie et conformément aux principes du droit international, ainsi qu'à la pratique et à la jurisprudence établies par les tribunaux récents analogues ayant le plus d'autorité et de prestige »[1].

Nous retrouvons une formule presqu'identique dans le compromis signé le 26 septembre 1893 entre le Chili et la Grande-Bretagne et celui du 5 avril 1897 entre le Chili et le Pérou, qui portent que le tribunal décidera « suivant la preuve apportée et en conformité avec les principes de droit international, la pratique (ou les usages) et la jurisprudence établie par les tribunaux analogues modernes qui ont le plus d'autorité et de prestige »[2].

De même, dans un compromis signé entre la Grande-Bretagne et le Nicaragua à propos de réclamations d'indemnités présentées par des citoyens anglais victimes d'une émeute survenue dans la réserve des Mosquitos, il est décidé que « the Commission shall decide the claims according to the evidence tendered, and in accordance with the principles of international law, and the practice and jurisprudence esta-

1. Compromis des 2 nov. et 7 déc. 1882, La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 233 à 240.
2. Art. 5 et 6 des compromis, La Fontaine, *op. cit.*, p. 592 et 451.

blished by such analogous modern Commissions as enjoy the best reputation and shall give its decisions by majority of votes » que la Commission décidera des réclamations conformément aux conclusions fournies et aux principes du droit international, à la pratique et à la jurisprudence établie par des commissions modernes analogues jouissant de la meilleure réputation et elle prendra ses décisions à la majorité des voix [1].

En ce qui concerne les décisions arbitrales elles-mêmes, on peut citer la sentence rendue entre le Chili et la Grande-Bretagne à la suite du compromis du 26 septembre 1893 cité plus haut, qui déclare «admis par la doctrine et la jurisprudence que les faits de maraude et de pillage commis par des soldats débandés et hors de la surveillance de leurs chefs n'engagent pas la responsabilité de leurs gouvernements», et qui cite des décisions antérieures à l'appui de ses affirmations [2].

De même, dans une sentence rendue le 4 décembre 1888 entre les Etats-Unis et la République d'Haïti à la suite d'une demande d'indemnité pour arrestation prétendue illégale, l'arbitre déclare que le cas doit être tranché suivant les traités passés entre les deux pays, mais que « for the interpretation of treaty language and intention whenever controversy arises, reference must be had to the law of nations and to international jurisprudence » [3], pour l'interprétation du texte et de l'esprit du traité, au cas où surviendrait une controverse, il y aura lieu de s'en référer au droit des nations et à la jurisprudence internationale.

On trouve encore une invocation de la jurisprudence dans la sentence arbitrale rendue en 1903 dans l'affaire

1. Compr. du 1er nov. 1895 , art. 4, La Fontaine, *id.*, p. 516.
2. Sentence du 15 sept. 1895, La Fontaine, *op. cit.*, p. 456.
3. La Fontaine, *id.*, p. 301.

Nota. — Affaire de l'Alabama : invocation de précédents arbitrages internationaux sur la question des intérêts des sommes à allouer dans la note de l'agent britannique sir Roundell Palmer, au cours de la délibération du tribunal, Lapradelle et Politis, *op.cit.*, t. 2, p. 884.

Bembelista c/ Venezuela au cours des réclamations hollando-venezueliennes, qui ont eu lieu après les dommages causés à des particuliers par les troupes vénézuéliennes, au cours de l'engagement de Puerto Cabello du 11 novembre 1899 [1]. Voir de même les sentences rendues à la même date entre l'Italie et le Vénézuela et la Grande-Bretagne et le Vénézuela (*Id.*, p. 808 et 795).

Mais à côté de ces déclatations, tant dans les compromis que dans les sentences arbitrales, une affirmation caractéristique de la valeur des décisions internationales comme précédents découle du fait suivant : il arrive fréquemment que les Etats qui soumettent à un arbitrage le règlement d'un litige prennent soin de spécifier que la sentence à intervenir ne pourra être par la suite invoquée à titre de précédent.

Le cas le plus ancien semble être celui de l'affaire de Portendick entre la France et la Grande-Bretagne tranchée par le roi de Prusse Frédéric Guillaume II le 30 novembre 1843. La déclaration du 14 novembre 1842 porte que le gouvernement français a accepté, sur la proposition de la Grande-Bretagne, de soumettre à l'arbitrage les réclamations des négociants anglais qui avaient eu à souffrir des mesures prises par elle sur la côté de Portendick en 1834 et 1835 pendant la guerre qu'elle avait soutenu contre les Maures Trarzas, mais « en déclarant toutefois que la décision arbitrale à intervenir quelles qu'en doivent être la nature et la forme, ne saurait à ses yeux, même par voie d'induction, porter aucune atteinte aux principes qu'il a invariablement professés en matière de blocus et de droit maritime, non plus qu'aux droits inhérents à la souveraineté qu'il a toujours soutenu lui appartenir, d'après les termes des traités, sur la côté de Portendick » [2].

On trouve une réserve analogue dans l'article 6 de la

1. Descamps et Renault, *Traités du XX^e siècle*, 1903, p. 874.
2. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 523.

convention du 5 août 1857 signée entre les Pays-Bas et le Vénézuela, accord qui soumet à l'arbitrage le différend relatif à l'île d'Aves. Ce texte déclare que : « Les Hautes Parties Contractantes, animées seulement du désir de terminer d'une manière définitive et irrévocable ces réclamations, déclarent formellement que la présente convention ne s'applique qu'à ces dernières et que, n'ayant d'autre fin, elle ne pourra jamais à l'avenir être invoquée par l'une ou l'autre des parties, soit comme un précédent, soit comme une règle »[1]. Notons que ce sont ici les effets d'une convention qui sont rejetés pour l'avenir par les parties contractantes.

Enfin, la même réserve est stipulée, et toujours au regard d'une convention, dans l'accord du 4 décembre 1868 entre les Etats-Unis et le Pérou à propos de réclamations réciproques des citoyens de chacun de ces Etats[2].

Il est intéressant de signaler pour terminer le sentiment qui a inspiré la Grande-Bretagne au moment où cette nation s'est liée par le traité de Washington dans le but de soumettre à l'arbitrage les Alabama Claims. En acceptant les trois règles de Washington. l'Angleterre entérinait d'avance sa propre condamnation, car au contraire des Etats-Unis, elle ne considérait pas ces règles comme étant l'expression des principes en vigueur à l'époque où le conflit avait pris naissance.

En même temps qu'elle s'engageait pour l'avenir, elle affirmait sa volonté de se lier par traité, montrant ainsi que c'était non pas à la coutume internationale, mais à une obligation contractuelle qu'elle obéissait.

B. — *Cour Permanente de Justice Internationale.*

En ce qui concerne les décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale, on constate que la Cour a largement

1. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 409.
2. *Id.*, t. 2, p. 586.

utilisé la source subsidiaire des décisions judiciaires, mais elle l'a fait surtout en se référant à sa propre jurisprudence.

Nous en trouvons de nombreux exemples dans ses arrêts.

Ainsi dans son arrêt du *Lotus*, la Cour rapporte l'argument présenté par le gouvernement français que le procès intenté contre le lieutenant Demons est contraire à la pensée qui a dirigé l'élaboration de la convention de Lausanne. La Cour répond qu'elle « doit rappeler dans cet ordre d'idées ce qu'elle a dit dans certains de ses arrêts précédents, à savoir qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair »[1].

De même, dans l'arrêt n° 21 relatif au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, la Cour déclare, à propos d'une règle de procédure, que « selon la pratique antérieure de la Cour en l'absence d'une décision spéciale déterminant le délai pour la présentation de documents nouveaux prévus par l'article 52 du statut, ce délai a été considéré comme prenant fin avec la procédure écrite »[2].

L'arrêt n° 18 relatif à l'interprétation du statut de Memel, déclare également à propos de la même question qui a fait l'objet de la citation précédente de l'arrêt du *Lotus* que « selon sa jurisprudence constante, les travaux préparatoires ne sauraient être invoqués pour interpréter un texte qui est en lui même suffisamment clair »[3].

La question a encore été jugée dans l'arrêt du 24 juin 1922 relatif à l'interprétation du statut du territoire de Memel, qui à propos de l'interprétation à donner à la convention liant à ce propos la Lithuanie et les puissances alliées, déclare qu'en ce qui concerne les « considérations d'ordre historique

1. Série A, p. 16.
2. Arrêt du 12 juillet 1929, série A, p. 215.
3. Série A, p. 215.

la Cour doit avant tout rappeler que, selon sa jurisprudence constante, les travaux préparatoires ne sauraient être invoqués pour interpréter un texte qui est, en lui-même suffisamment clair »[1].

Notons que l'article 59 du statut de la cour qui établit l'autorité de la chose jugée dans les termes suivants : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé », n'est pas un obstacle à ce rôle, car, comme la Cour l'a déclaré dans son avis rendu le 6 avril 1935 à propos des Ecoles minoritaires en Albanie, ce texte tend « seulement à éviter que les principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres Etats ou d'autres litiges[2].

Il n'a donc pour effet que de déterminer l'autorité de la

1. Série A.B., p. 249, fascicule n° 47.

Nota. — Voici sur cette question de la valeur des précédents judiciaires quelques références aux travaux préparatoires des arrêts et avis de la C.P.J.I. :

Arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie : le gouvernement allemand invoque à l'apppui de sa thèse une certaine jurisprudence qui, dit-il « est sauf quelques nuances, tellement constante dans tous les tribunaux arbitraux mixtes, qu'il y a lieu de parler d'un véritable droit créé par la jurisprudence et devenu droit coutumier », série C, p. 263, réplique. V. aussi, p. 376.

Arrêt n° 9. — Nombreuses sont les références à la jurisprudence considérée comme précédents qui se trouvent dans la défense présentée par le gouvernement français : nous lisons série C, p. 199 : la compétence pénale de l'Etat du pavillon « est conforme au droit existant tel qu'il apparaît dans les précédents gouvernementaux et dans la jurisprudence nationale et internationale ». De même p. 205 : « sur la base de ces divers précédents et tout particulièrement du dernier (affaire du Costa Rica Packet)... » V. également contre-mémoire français, p. 270, discours français, p. 34, 73, 74.

Arrêt n° 13. — Usine de Chorzow nous lisons dans le contre-mémoire polonais série C, p. 156 : « l'étendue de la responsabilité du gouvernement polonais .. ne saurait par conséquent être fixée que d'après les règles positives du droit international, telles qu'elles se laissent dégager des indices fournis par la pratique et la jurisprudence internationales ». — V. encore avis n° 4, relatif aux décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, contre-mémoire français, série C, p. 219.

N° 45-1933, interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 déc. 1927, mémoire grec C, p. 139. — N° 52-1933, administration de prince von Pless, exception préliminaire, mémoire du gouvernement polonais C, p. 130 et suiv. — N° 53-1933, statut du Groenland oriental contre mémoire norvégien C, p. 375 à 398. — N° 63, affaire Oscar Chinn, défense belge C, p. 109. — N° 69-1936, affaire Losinger et C^ie^, mémoire suisse C, p. 31 et 35. — N° 74, phosphates du Maroc, exception préliminaire, présentée par la France C, p. 209 et suiv.

2. *Publications de la Cour*, série A, p. 19,. — V. aussi arrêt n° 22, *id.*, série A, p. 249.

chose jugée et non d'écarter les ressources apportées par la jurisprudence antérieure[1].

Avant d'en terminer avec l'importance des précédents judiciaires dans la formation de la coutume, il faut signaler que la jurisprudence internationale n'est pas jugée par tous avec la même bienveillance.

Ainsi dans l'affaire Salem, tranchée par une sentence arbitrale du 8 juin 1932 entre les Etats-Unis et l'Egypte[2], le tribunal avait à apprécier la règle suivant laquelle la conclusion d'un compromis pour dommages-intérêts au profit d'un particulier n'implique pas une renonciation au droit d'épuiser tout d'abord les recours nationaux. Il a refusé de donner toute leur mesure aux décisions invoquées par les parties sous prétexte que les tribunaux qui avaient eu à s'occuper de cette exception l'avaient appréciée chaque fois d'une manière différente suivant les circonstances.

Ainsi le fait que les litiges soumis aux tribunaux ne se répèteraient pas toujours de la même façon serait une circonstance de nature à enlever aux précédents une grande partie de leur autorité.

Cette décision arbitrale est intéressante en ce qu'elle touche à la faiblesse du rôle de la jurisprudence dans la question de la formation des règles coutumières. La diversité infinie des cas concrets qui peuvent donner lieu à des conflits rend assez rare la coïncidence exacte des circonstances dans lesquelles interviennent deux conflits. La transposition à un cas des règles appliquées dans d'autres se trouve ainsi très délicate dans la pratique. C'est ici qu'intervient le rôle du juge dont la subtilité, pour ces raisons, est encore plus importante en matière internationale, qu'en matière interne.

1. V. *supra*, p. 142.
2. *Revue de droit international*, 1933, 1er sem., p. 170 et suiv.

Section III

Preuve par les traités.

Nous avons déjà signalé dans un chapitre antérieur les nombreux rapports qui peuvent exister entre la coutume et les traités. Nous allons maintenant tenter de dégager dans quelle mesure les traités peuvent servir de précédents dans la recherche des règles coutumières, quelle est leur valeur dans la formation du droit non écrit.

L'importance et la valeur des traités en tant que précédents est déjà mise en lumière dans une ancienne décision arbitrale rendue entre la France et le Mexique à propos d'une question de responsabilité à raison d'actes de guerre. Pour le tribunal, la conclusion par le Mexique d'un grand nombre de traités concernant les droits garantis à la nation la plus favorisée en temps de guerre vis-à-vis des citoyens étrangers constituait « un principe coutumier du droit international de la République du Mexique »[1]. Mais la question a été surtout discutée par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt du 5 avril 1933 qui a tranché quant au fond le différend qui séparait le Danemark et la Norvège au sujet du Groenland Oriental.

La Cour rapporte à ce propos que pour établir la thèse danoise selon laquelle le Danemark aurait exercé, en fait, pendant une longue période, la souveraineté sur tout le Groenland, les avocats de cet Etat ont insisté sur la longue série de conventions, principalement des accords commerciaux, qui furent conclus par lui et dans lesquels, avec l'approbation de l'autre partie contractante, une stipulation était insérée qui

1. Sentence du 1er août 1844. Lapradelle et Politis, t. I, p. 545.

spécifiait que la convention ne serait pas applicable au Groenland.

Et la Cour ajoute : « L'importance de ces traités consiste en ce qu'ils témoignent d'une disposition des Etats avec lesquels le Danemark a contracté, à admettre son droit d'exclure le Groenland... Dans la mesure où ces traités viennent à l'appui de la reconnaissance de sa souveraineté sur le Groenland, le Danemark a le droit de se fonder sur eux. Ces traités peuvent également être considérés comme démontrant suffisamment de la part du Danemark l'intention et la volonté d'exercer la souveraineté sur le Groenland »[1].

Ainsi, le rôle des traités dans la formation d'un droit coutumier est nettement analysé. Il entre dans le cadre de la manifestation de volonté des Etats et dans la croyance qu'ils ont de l'existence de ce droit. Ils n'ont pas par eux-mêmes de valeur propre, ils servent seulement à définir l'attitude à la fois de l'Etat intéressé à l'acquisition de la souveraineté et des autres Etats en présence des affirmations du premier. Il est donc un simple élément servant à la connaissance de l'attitude des Etats, c'est une simple manifestation de cette attitude telle que nous l'étudierons dans la section suivante.

Du reste, de nombreuses raisons s'opposent à ce que les traités jouent dans la formation du droit coutumier un rôle important.

L'arrêt du Lotus examine leur valeur en détail. La Cour se trouve en devoir de rechercher si le droit des gens reconnaît la seconde règle invoquée par le gouvernement français en faveur de l'incompétence des tribunaux turcs, à savoir le principe d'après lequel l'Etat du pavillon posséderait une compétence exclusive sur tout ce qui se passe à bord d'un

1. *Publications de la Cour*, n° 53-1933, série A.B., p. 5.

navire marchand en haute mer. Examinant les précédents, la Cour déclare en ce qui concerne les traités :

« Pour ce qui a trait enfin aux conventions qui réservent expressément la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon, il n'est pas absolument certain que cette réserve doive être regardée comme le maintien du droit commun plutôt que comme la contrepartie de la compétence extraordinaire que ces conventions reconnaissent aux navires d'un pays déterminé à l'égard des navires d'un autre pays en haute mer »[1].

Ainsi un traité ne saurait *a priori* influer sur la décision à intervenir, car il est impossible de savoir (à moins naturellement de déclarations expresses, ou encore par l'étude des travaux préparatoires qui doivent être considérés comme pouvant servir de précédents) si les parties signataires entendaient déroger à ce qu'elles croyaient être le droit commun, ou le renforcer, ou tout simplement n'en pas tenir compte.

D'autre part, la Cour ajoute de nouveaux arguments pour limiter le rôle des traités en tant que précédents :

« A part cela, dit-elle, il y a lieu d'observer que dans ces conventions, il s'agit de faits d'un caractère particulier, étroitement liés avec la police des mers, tels que traite des esclaves, endommagement de cables sous-marins, pêche, etc... et non de délits de droit commun. Surtout il y a lieu de rappeler que les délits prévus par les conventions dont il s'agit ne mettent en jeu qu'un seul navire ; on ne saurait donc en tirer aucune conclusion qui mette en présence deux navires, et partant deux juridictions d'Etats différents »[2]. La Cour souligne par là la difficulté d'application par analogie des traités qui très souvent visent des hypothèses différentes, ou édictent des règles particulières pour des faits d'un caractère particulier[3].

1. Arrêt n° 9, série A, p. 27.
2. *Id.*, p. 27.
3. V. *nota*, p. suivante.

Il faut noter que ces réserves n'ont pas seulement été formulées par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt du Lotus. On trouve des affirmations semblables dans la sentence rendue le 17 octobre 1928 par la commission franco-mexicaine dans l'affaire des réclamations, sous la présidence de M. Verzijl.

« Il est toujours dangereux, y est-il dit, de vouloir déduire d'une disposition conventionnelle expresse, comme celle de l'article 7 du traité hispano-argentin de 1863... la conclusion que sans elle la règle contraire prévaudrait, de pareilles dispositions conventionnelles pouvant aussi bien être conçues comme preuves isolées d'une règle de droit coutumière admise, ou en voie d'admission, par les Etats intéressés ou par la communauté des Etats »[1].

1. *Revue générale de droit international qublic*, 1932, p. 395.

Nota. — Nous trouvons également dans les travaux préparatoires des décisions de la C.P.J.I. des déclarations analogues. En voici des exemples :

Arrêt du *Lotus*. — Contre-mémoire turc, observations du professeur Diena, série C, p. 321 et suiv.: déclare que l'insertion d'une règle dans quelques conventions ne prouve pas l'existence de cette règle en tant que coutume, car cela prouve alors qu'il fallu stipuler contractuellement. — Avis n° 56, affaire des colons allemands en Pologne. Nous lisons dans la consultation du professeur Komarnicki, produite par la Pologne, série C, p.. 728 : « L'apparition dans les traités de certaines stipulations spéciales ne témoigne pas nécessairement de l'existence d'une norme coutumière y relative ; tout au contraire, cela prouve plutôt que les parties voulaient garantir aux actes internationaux donnés des effets juridiques différents des effets normaux. On peut faire des déductions *a contrario* sur la base des traités. Aussi devrait-on non se limiter ... à comparer les stipulations mêmes du traité, mais chercher la genèse de telle ou telle autre solution apportée par chacune d'elles. Seule une analyse de ce genre justifierait les conclusions tirées par M. Struycken, c'est-à-dire permettrait de constater les normes du droit coutumier ». — De même, on peut encore citer l'opinion soutenue par M. Logoz dans le discours qu'il a prononcé pour la défense de la Suisse dans l'affaire des Zones franches, qu'une cnvention conclue entre quelques Etats ne peut constituer un précédent (au sens où l'entend cet auteur, v. p. 152 et suiv.), « attendu que l'accord qu'ils ont librement conclu ne préjuge en rien du droit des autres Etats d'en conclure de tous différents ». (Ordonnance du 19 août 1929, série C, p. 404.

A vrai dire il convient de signaler une sentence arbitrale rendue le 18 juin 1929 entre la C^ie du Chemin de fer vicinal de Sopron-Koszeg, d'une part, et l'Autriche et la Hongrie, d'autre part : « Considérant qu'en principe les droits tenus par une compagnie privée, d'un acte de concession, ne sauraient être mis à néant ou lésés du seul fait que le territoire sur lequel est assis le service public concédé a changé de nationalité ; que la majorité des auteurs et les solutions de la pratique internationale les plus conformes à la conception moderne du droit des gens sont en ce sens ; qu'une confirmation nouvelle de ce principe déterminante en

On relève également de nombreuses références aux traités considérés comme précédents dans les travaux préparatoires des décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale [1].

On peut rapprocher de ces décisions les opinions qui ont été formulées par deux juges internationaux à propos d'affaires célèbres.

C'est ainsi qu'à propos de l'affaire des Pêcheries de l'Atlantique Nord, tranchée le 7 septembre 1910 par la Cour permanente d'arbitrage, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, le juge Drago s'exprime en ces termes au cours de l'exposé des motifs de son dissentiment : s'occupant du régime à appliquer aux baies ordinaires pour lesquelles aucune décla-

l'espèce a été donnée par les art. 304 du traité de Trianon et 320 du traité de Saint-Germain... » (*Revue générale de droit international public*, 1930, p. 327).

L'autorité de cette sentence peut cependant être contestée en raison de la composition du tribunal arbitral.

1. Affaire du *Lotus*, série C, p. 162 : « Ces traités partent d'un principe, et à ce titre ils constituent des précédents ; ils nous révèlent des principes de droit international, ils sont créateurs de la coutume internationale. J'ai cherché dans ces traités, non pas le droit conventionnel inapplicable en l'espèce, mais le droit coutumier, les principes du droit des gens qu'ils contribuent le premier à créer, les seconds à révéler. Je trouve en eux un principe de droit international, la compétence pénale de l'Etat du pavillon ». V. encore p. 184 et suiv., p. 206, contre-mémoire français, série C, p. 270.

Avis n° 6, colons allemands en Pologne : consultation du professeur Struycken, relative à la situation juridique des locataires de domaine d'Etat situés dans les territoires allemands cédés à la Pologne ; cet auteur veut établir la règle que l'Etat acquéreur dans la propriété duquel ont passé les domaines se trouvant sur le territoire cédé a toujours reconnu les contrats de ferme passés par son prédécesseur sur sa propriété ; il ajoute « : on a considéré cette reconnaissance comme si évidente que généralement on n'a point tenu pour nécessaire d'en formuler spécialement l'obligation dans les traités relatifs à cette matière. Ce n'est que rarement qu'il y est parlé en termes exprès des contrats de ferme ; la plupart du temps, la question de succession juridique y est traitée dans un sens beaucoup plus large... » de même, série C, p. 540.

N° 52-1933. Affaire relative à l'administration du prince von Pless (exception préliminaire), mémoire du gouvernement polonais reproduisant l'opinion du professeur Anzilotti qui, pour soutenir la règle qu'un recours d'ordre international n'est possible qu'après épuisement des moyens d'ordre interne, lorsqu'il s'agit d'une réclamation pour imposition du membre d'une minorité en Haute-Silésie, la déclare « principe universellement admis ».

Avis n° 14 : compétence de la Commissioneuropéenne du Danube discours français, série C, p. 75. — N° 53-1933 : statut juridique du Groenland oriental, contre-mémoire norvégien, série C, p. 375 à 378. — Ordonnance du 19 août 1929, affaire des Zones franches, discours français, série C, p. 343 et suiv. — Pour la doctrine, v. P. Fauchille, *Traité de droit international public*, p. 41 n° 52.

ration de souveraineté n'a été faite, il déclare les soumettre au principe général « résultant de la coutume et de l'usage de chaque nation individuellement considéré, tel que le montrent leurs traités et leur pratique générale et traditionnelle ».

Et de son côté, dans son avis dissident publié à la suite de l'arrêt du Lotus, le juge Nyholm ne met pas en doute la possibilité pour les traités de servir de précédents, lorsqu'il écrit :

« Les critères pour la formation d'une règle de droit positif ont été indiqués plus haut. Un examen des conventions, de la jurisprudence et de la doctrine est nécessaire ».

Il n'est pas besoin d'insister davantage sur le rôle que les traités peuvent être amenés à jouer dans la formation du droit coutumier international. La jurisprudence leur reconnaît une certaine valeur en particulier lorsqu'ils établissent des règles concordantes pendant une période de temps prolongée ou entre un grand nombre d'Etats ; mais il ne s'agit cependant que d'une importance limitée à l'intention des parties contractantes qu'il est souvent difficile d'apprécier, soit qu'elles aient entendu déroger au droit commun international, soit au contraire confirmer une règle antérieure existante. La difficulté de déterminer cette intention diminue beaucoup en pratique la valeur probatoire des traités internationaux.

Section IV

Preuve par l'attitude des Etats.

Une importance considérable en tant que précédent est accordée à l'attitude des Etats et aux différents indices pouvant renseigner sur leur volonté à l'égard de la règle coutumière.

Ces indices peuvent être de plusieurs sortes. Ils varient suivant les organes de l'Etat dont ils émanent : pouvoir législatif, pouvoir exécutif ou pouvoir judiciaire. Ils résultent, suivant les cas, de la législation interne, de l'attitude du gouvernement dans telle ou telle circonstance, ou enfin de la jurisprudence des tribunaux nationaux. Nous verrons qu'on ne reconnaît du reste qu'une valeur très inégale à ces différents indices.

L'importance de ces précédents est mise en lumière par Kosters dans les termes suivants :

« Pour ce qui regarde les usages et agissements qui ont contribué à la naissance d'une coutume entre les peuples, on va abandonner peu à peu les exemples empruntés à l'histoire classique et à la Bible, auxquels se plaisaient les écrivains plus anciens et aussi Grotius. On va s'instruire des événements dont la trame est fournie par les rapports actuels des peuples ; c'est principalement dans les faits et gestes des gouvernements de l'époque même qu'on puisera désormais ses enseignements.. C 'est donc ainsi que les actes et les attitudes des gouvernements contribuent à fixer la coutume, comme par exemple les proclamations faites à l'occasion de guerres, ainsi que les déclarations des représentants des Etats à l'étranger, les jugements des tribunaux de prises et d'autres corps judiciaires »[1].

L'importance en tant que précédents des actes tirés de l'attitude des Etats apparaît même comme tellement capitale,

1. *Les fondements du droit des gens*, p. 137. — P. 228, cet auteur complète sa pensée : étudiant la *pratique générale* mentionnée par l'art. 38 du Statut de la C..P.J.I., il s'exprime ainsi :« les actes que cela concerne sont ceux des Etats. Les Etats agissent par leurs organes, il est question ici de « the organised government of the civilized portion of the world », de l'exécution de la souveraineté de l'Etat par les organes politiques désignés par la constitution : le gouvernement, le pouvoir judiciaire, la représentation nationale. Les actes des cours internationales et des tribunaux arbitraux internationaux institués directement ou indirectement par les Etats peuvent aussi contribuer à la création du droit coutumier international ».

que certains auteurs ont jugé nécessaire d'en reculer les limites. C'est ainsi que nous trouvons cette mise au point dans un article publié par M. Kopelmanas dans la *Revue de droit international* :

« La doctrine ne cherche en règle générale les éléments constitutifs de la coutume internationale que dans l'attitude internationale des Etats. Cela aboutit à n'admettre comme constitutive de coutume internationale que la répétition des actes des organes internationaux de l'Etat, et à réduire ainsi considérablement la portée de l'élaboration coutumière dans notre domaine. En réalité, il n'en est rien. L'observation des faits nous montre que le champ d'action de la coutume internationale est infiniment plus étendu. Tous les actes de l'homme dont les effets sont susceptibles de se produire sur le terrain international peuvent être à l'origine d'une règle coutumière internationale. La coutume est engendrée aussi bien par la concordance répétée des actes des organes internationaux de l'Etat que par la pratique constante des organes collectifs internationaux, aussi bien par l'action des organes internes des Etats que par le comportement effectif des individus, lorsque ces derniers peuvent prendre en main la défense de leurs intérêts internationaux »[1].

Nous allons étudier successivement en leur qualité de précédents les actes de gouvernements, les décisions judiciaires et les législations internes.

§ 1 — *Les actes de gouvernement.*

Une remarque préalable doit être faite : l'expression actes des Etats n'est pas prise ici au sens large que nous leur avons attribué dans le chapitre relatif à la formation de la coutume.

1. *Essai d'une théorie des sources formelles du droit international*, « *Revue de droit international*, 1938, 1er sem., p. 101.

Elle désigne ici les précédents créés par les gouvernements dans leurs rapports mutuels, ceux qui résultent de leur décision en présence des questions qui se présentent devant eux. Ce sont les actes émanant du pouvoir exécutif et de toutes les personnalités qui peuvent le représenter. Nous allons voir du reste que les manifestations émanant de cet organe sont extrêmement variées.

Ces actes sont susceptibles de revêtir toutes les formes par lesquelles les gouvernements sont amenés à prendre des décisions et à manifester leur opinion.

Ils peuvent tout d'abord conclure des traités. Cette forme de la manifestation de leur volonté a été étudiée plus haut, et nous avons vu que la jurisprudence internationale a une certaine répugnance à leur faire jouer un rôle important dans la formation et la preuve de la coutume en raison de leur nature essentiellement contractuelle et limitée.

On peut ensuite classer dans une seconde catégorie les décisions prises par les gouvernements à l'occasion de difficultés internationales. Il faut remarquer à ce sujet que très souvent les précédents ainsi invoqués n'ont aucune valeur, parce qu'ils sont isolés ou trop peu nombreux, car c'est par la répétition que l'on arrive à prouver la « pratique générale » requise pour la formation de la coutume. Il est vrai que les tribunaux internationaux pallient en partie à cette difficulté en n'exigeant pas que les précédents invoqués émanent des Etats en litige. C'est notamment la solution qu'a adoptée la Cour Permanente d'Arbitrage dans sa sentence relative à l'attribution de la souveraineté de l'île de Palmas rendue le 4 avril 1928 entre les Etats-Unis et les Pays-Bas [1].

1. *Revue de droit international public*, 1935, p. 182. On peut encore citer la sentence rendue par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Paquete Habana, Moore, *Digest*, t. 1, p. 3-4 et 8), qui a appliqué une coutume européenne qui n'avait jamais été admise aux Etats-Unis.

Très nombreuses sont les décisions internationales qui prennent en considération les actes des gouvernements.

Nous nous contenterons d'en citer quelques-uns ici, notamment des tribunaux arbitraux et de la Cour permanente de justice internationale.

A. — *Arbitrages.*

Dans les anciens arbitrages, l'attitude observée par les Etats dans des circonstances analogues, est fréquemment invoquée pour trancher des questions de réclamations d'indemnité des citoyens d'un Etat contre un autre Etat, notamment à la suite de dommages causés par des guerres et des révolutions.

Nous nous contenterons de citer comme exemple la sentence rendue le 31 décembre 1862 pour régler une question de réclamations de citoyens des Etats-Unis contre la République de Costa-Rica, pour dommages à eux causés par la guerre entre cette république et celle de Costa-Rica. Le surarbitre y déclare, à propos du droit qu'a tout Etat de protéger ses nationaux, qu' « avec une grande érudition leurs avocats (des parties) ont rappelé un grand nombre de précédents où ce droit a été exercé par divers gouvernements. Le nombre de ces décisions aurait pu être indéfiniment étendu »[1].

Nous citerons encore à ce propos un passage tiré de l'opinion exprimée par le juge Staempfli au cours des délibérations du tribunal dans l'affaire des Alabama Claims. S'occupant de la situation des navires construits en pays neutre qui ont été pourvu d'une commission, il déclare :

« Le gouvernement dont la neutralité a été violée peut faire savoir qu'il ne permettra pas l'entrée de ses ports aux navires ainsi commissionnés, mais s'il n'a pas donné cet avis préalable, il ne peut rien contre le navire public d'un belligérant qui

1. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, p. 164.

vient dans ses eaux ». Et à l'appui de ces déclarations, ce juge cite une décision de la Cour suprême des Etats-Unis, la doctrine et son application au cours de la guerre de sécession [1].

Plus récemment, on peut citer la sentence rendue en 1903 dans l'affaire Bembelista c/ Venezuela au cours du règlement des réclamations de particuliers contre le Vénézuela, pour dommages causés par les troupes vénézueliennes au cours de l'engagement de Puerto Cabello du 11 novembre 1899 [2]. Voir de même deux sentences rendues entre l'Italie et le Vénézuela à la même date [3] et entre la Grande-Bretagne et le Vénézuela [4].

1. *Id.*, t. 1, p. 862.

Au cours des travaux préparatoires de l'affaire de l'Alabama, de nombreuses références à l'attitude des Etats ont également été citées. En voici deux tirées des pièces fournies par chacune des parties :

On lit dans le mémoire des Etats-Unis : « Les actes publics et l'attitude officielle des autres gouvernements européens ont toujours été d'accord avec les principes que les Etats-Unis accusent la Grande-Bretagne d'avoir ici violés. Il n'est pas possible d'admettre que la construction, le lancement, l'armement ou l'équipement par les neutres de vaisseaux de guerre au service des belligérants ne puissent être, avant le traité de Washington, rangés dans les articles ordinaires de contrebande. Tandis que les sujets ou citoyens de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis sont laissés libres de manufacturer ou de vendre des fusils ou de la poudre à canon et de l'exporter à leurs propres risques même sciemment, pour pour l'usage d'un belligérant, les autorités législatives, exécutives et judiciaires des deux pays se sont jointes à celles du monde civilisé pour dire qu'un vaisseau de guerre destiné à un belligérant n'est pas un article que le sujet ou le citoyen d'un Etat neutre puisse livrer sans autre risque que sa capture comme contrebande de guerre par l'autre belligérant.» Et les Etats-Unis rapportent des actes par lesquels la Grande-Bretagne et eux ont fait application de cette règle (p. 789 et suiv.). — De même dans le contre-mémoire de la Grande-Bretagne : pour prouver que les neutres ne sont pas limités par le droit international dans leurs fournitures de vivres, charbons et autres approvisionnements, cet Etat déclare que le principe contraire « n'a jamais été, à la connaissance du gouvernement de Sa Majeste, admis ou affirmé par « aucune puissance maritime » (*Id.*, p. 812).

De même sur la question de « due diligence, la Grande-Bretagne déclare ne pouvoir suivre les principes invoqués par les Etats-Unis, car ils « n'ont jamais été auparavant admis ou reconnus ni par la Grande-Bretagne, ni par aucun autre Etat d'Europe et d'Amérique.. .; ils sont inconnus de la Grande-Bretagne, et à l'époque ils étaient également inconnus des Etats-Unis ».

Il est intéressant de noter que pour le juge Marshall, qui a été président de la Cour Suprême des Etats-Unis de 1801 à 1835, les modes de constatation de la coutume sont la jurisprudence des Cours de justice des Etats et la pratique des Etats et des gouvernements (V. R. Pinto, *Le droit des gens dans les arrêts du grand juge Marshall*, « *Revue de droit international* », 1936, 2e sem., p. 88).

2. Descamps et Renault, *Traités du XXe siècle*, 1903, p. 874.

3. *Id.*, p. 808.

4. *Id.*, p. 795.

Enfin, parmi les sentences arbitrales récentes, nous citerons comme exemple la décision rendue le 18 juin 1929 entre la Compagnie du Chemin de fer vicinal de Sopron-Koszeg d'une part et l'Autriche et la Hongrie d'autre part, qui s'appuie sur « la majorité des auteurs et les solutions de la pratique internationale », pour établir la règle qu'en principe les droits tenus par une compagnie privée d'un acte de concession ne sauraient être mis à néant ou lésés du seul fait que le territoire sur lequel est assis le service public concédé a changé de nationalité [1].

B. — *Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale.*

De son côté, la Cour permanente de justice internationale a eu fréquemment à tenir compte des précédents tirés de l'attitude des gouvernements dans sa recherche des principes coutumiers.

La question a été particulièrement traitée dans l'arrêt n° 9 relatif à l'affaire du Lotus, que nous allons étudier à présent. De nombreux passages s'y rapportent.

Ayant à examiner si le droit coutumier international reconnaît l'existence de la règle défendant à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons en raison seulement de la nationalité de la victime, la Cour constate qu'elle « n'a pas connaissance de cas dans lesquels des gouvernements auraient protesté contre le fait qu'une loi pénale contiendrait une règle à cet effet » ; elle en déduit, entre autres, l'inexistence de la règle invoquée par la France [2].

Un peu plus loin, la Cour recherche, toujours à propos de la même règle, si le droit international reconnaît la compétence

1. *Revue générale de droit international public*, 1930, p. 327.
2. Série A, p. 23.

exclusive de l'Etat du pavillon pour tout ce qui se passe à bord du navire en haute mer. Examinant les différents précédents, elle déclare :

« Par contre, il ne manque pas de cas dans lesquels un Etat a fait valoir son droit de poursuivre un délit commis à bord d'un navire étranger et qu'il regardait comme punissable d'après sa législation. C'est ainsi que la Grande-Bretagne a refusé aux Etats-Unis l'extradition de John Anderson, matelot anglais, qui avait commis un homicide à bord d'un navire américain, en allégant qu'elle ne contestait pas la juridiction des Etats-Unis, mais qu'elle avait le droit d'exercer la sienne concurremment. Ce principe auquel d'autres pourraient être ajoutés, est pertinent, malgré la nationalité britannique d'Anderson, pour démontrer que le principe de la juridiction exclusive du pays du pavillon n'est pas universellement admis.

« Les cas dans lesquels la compétence esclusive de l'Etat du pavillon a été reconnue semblent être plutôt des cas dans lesquels l'Etat étranger n'était intéressé qu'au titre de la nationalité de la victime, titre que la législation de cet Etat même ou la jurisprudence de ses tribunaux ne regardaient pas comme suffisant pour autoriser la poursuite d'un délit commis par un étranger à l'étranger »[1].

Enfin, examinant, si une règle spéciale aux cas d'abordage serait formée d'après laquelle les poursuites pénales seraient du ressort exclusif de l'Etat du pavillon, la Cour ajoute :

« En revanche la Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les Etats intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations ; leur conduite ne semble guère

1. *Id.*, p. 26 et 27.

avoir été différente de celle qu'ils tiennent dans tous les cas de juridictions concurrentes. Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des Etats en faveur de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon... Il ne semble guère probable, et il ne serait pas conforme à la pratique internationale que le gouvernement français dans le cas de l'Ortigia contre Oncle Joseph et le gouvernement allemand dans celui de l'Ekbatana contre West Hinder eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international »[1].

Nous croyons devoir faire ces longues citations de l'arrêt du Lotus, car elles sont un exposé du point de vue de la Cour Permanente de Justice Internationale, sur la question qui nous intéresse.

Nous constatons qu'elle prend en considération l'attitude que les gouvernements des Etats ont adoptée dans des circonstances analogues antérieures, soit qu'il s'agisse de protestations soit au contraire que leur attitude passive indique une adhésion à la politique suivie par les autres Etats.

Mais il faut remarquer que les précédents auxquels la Cour attache le plus de poids sont ceux émanant des Etats parties au litige. C'est ainsi par exemple à propos de la question des juridictions concurrentes en cas d'abordage, que la Cour rejette la thèse française sous le prétexte que rien n'indique que les Etats intéressés aient adopté dans des circonstances semblables une attitude analogue à celle communément suivie par les autres Etats[2].

1. *Id.*, p. 29.

2. C'est également ce qui ressort de cette affirmation du juge Negulesco, exprimée dans son avis dissident publié à la suite de l'avis n° 14, relatif à la compétence de la commission européenne du Danube que « les protestations roumai-

Nous avons vu plus haut que ces affirmations s'expliquent par l'adoption par la Cour des théories positivistes émises par Triepel et Anzilotti[1]. D'après ces auteurs, de même que les traités, les règles coutumières apparaissent comme de nature contractuelle, comme eux, elles procèdent d'accords, avec la seule différence qu'au lieu d'être exprès, l'accord est tacite. Le Professeur Basdevant, dans son cours professé à l'Académie de droit de La Haye[2] souligne comment cette thèse conduit à reconnaître à la volonté de l'Etat une importance considérable, et à anéantir à la fois le rôle des autres organes de l'Etat qui relèvent de l'ordre interne (lois, jugements nationaux, pratique administrative) comme des sentences des tribunaux internationaux et de la doctrine. Cette thèse explique l'attitude de la Cour que nous avons analysée.

Du reste il convient de remarquer qu'au sein même de la Cour, cette opinion n'est pas partagée par tous les juges.

C'est ainsi que pour le juge Altamira, on ne peut pas toujours accorder aux actes de gouvernement une valeur absolue. « Il faut reconnaître, dit-il, qu'il n'y a que deux cas de protestations produites par les gouvernements eux-mêmes ; mais ne je vois pas la nécessité pour la question actuelle, que les gouvernements doivent toujours être l'organe pour l'expression d'une opinion juridique existant dans un pays. Le fait du petit nombre de ces protestations gouvernementales s'explique à mon avis assez bien. Il résulte d'une part de la eareté des empiètements qui se sont effectivement produits dans le domaine des juridictions, à en juger par les cas connus et utilisés par les parties. Il résulte surtout de la fréquence

nes et les décisions prises par la commission européenne pour reconnaître le bien fondé de la Roumanie excluent toute conscience juridique commune ... » Série A, p. 114 et suiv.).

1. V. *supra*, p. 140 et suiv.
2. 1936, t. IV, p. 514 et suiv.

avec laquelle les gouvernements... se montrent peu sensibles au préjudice subi par leurs concitoyens à cause de faits passés à l'étranger. Il y a, un peu partout une longue et douloureuse expérience à ce sujet. Soit par indolence, soit par le souci d'éviter des complications diplomatiques, ou pour d'autres raisons encore, plutôt politiques que juridiques, les gouvernements évitent souvent de protéger ouvertement leurs sujets, et ils ne s'y décident que si les choses sont arrivées à l'état d'un scandale public, ou si les personnes atteintes ont déployé une grande et persistante activité afin de se faire entendre par les pouvoirs politiques de leur pays »[1].

C'est de même l'opinion du juge Loder pour qui il « paraît également inexact de prétendre que l'absence de conflits internationaux ou de difficultés diplomatiques à l'égard de cerraines... lois nationales... pourrait servir comme preuve de leur évolution ou de leur changement »[2].

1. Série A, p. 98.
2. *Id.*, p. 34.

Nota. — Dans les travaux préparatoires des décisions de la C.P.J.I., la question de l'importance de l'attitude des Etats a été maintes fois abordée. Nous ne pouvons qu'en citer quelques exemples ici.

Arrêt n° 1, affaire de Wimbledon contre mémoire allemand; invocation de pourparlers à la conférence de Barcelone, C., p. 48, 49 ; discours de la Grande-Bretagne, p. 272 *in fine*.

Avis n° 4 : décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, C. p. 23 et 219.

Avis n° 6, colons allemands en Pologne consultations des professeurs Struycken C., p. 543 et Komarnicki, p. 726 ; discours allemands, p. 667.

Arrêt n° 7, intérêts allemands en Haute-Silésie, C., p..439.

Arrêt n° 9 : affaire du *Lotus*, mémoire français, p. 184, 199, p. 193 où le gouvernement français soutient que « les précédents tirés de la pratique des gouvernements dans leurs rapports mutuels ont plus de force dans la formation du droit international coutumier que ceux tirés des textes législatifs ». Contre-mémoire français, p. 270, 279. — Contre-mémoire turc, consultations des professeurs Diéna, p. 321 et suiv. et Fédozzi, p. 337 et 339 où l'auteur reprend l'idée du mémoire français reproduite ci-dessus. Discours français p. 34 : affirmation que « dans une instance internationale, les gouvernements ont à énoncer d'une façon précise sur l'objet en litige, ce qu'ils considèrent comme étant le droit... parce que tout en étant plaideurs, ils collaborent ici à l'œuvre de justice et que, par leur attitude par l'énoncé du point de vue qu'ils soutiennent, ils collaborent ainsi à la formation de la coutume internationale ». Voir encore, p. 78, discours turc, p. 122.

Arrêt n° 13, duplique polonaise, p. 477 C.

Arrêt n° 14, emprunts serbes en France mémoire français C, p. 308 et presque

§ 2. — *La jurisprudence des tribunaux internes.*

La jurisprudence des tribunaux internes a perdu aujourd'hu une grande partie de sa valeur à titre de précédent servant à la formation de la coutume internationale.

Cependant la jurisprudence des tribunaux de prises par exemple a été longtemps considérée comme de première importance. Il faut remarquer que ce rôle leur a été reconnu en des temps où les rapports entre Etats revêtait un caractère tout différend de celui qu'on leur reconnaît aujourd'hui. Les premiers recueils de droit des gens ont été formés coutumièrement par les tribunaux nationaux. Nous en avons cités quelques uns au cours de notre étude, tel le Consulat de la Mer [1], ou l'Ordonnance sur la Marine de 1681 [2].

Mais de nos jours, le droit international a mûri. Une grande activité diplomatique, de nombreuses décisions de tribunaux internationaux font concurrence aux décisions des tribunaux

dans les mêmes termes, arrêt n° 15, emprunts brésiliens en France, mémoire français, C, p. 184.

N° 41-1931, régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, discours français.

N° 42-1931 : trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, exposé lithuanien, C, p. 194 et suiv.

N° 44-1931, nationaux polonais à Dantzig, mémoire polonais C, p. 129.

N° 52-1933 : administration du prince von Pless (exception préliminaire), mémoire polonais C, p. 135.

N° 62-1934, : affaire franco-hellénique des Phares, contre-mémoire français ; donne le pas à un acte de gouvernement sur une opinion doctrinale C, p. 169.

N° 63-1934 : affaire Oscar Chinn mémoire belge : les mesures prises par un Etat sous la pression d'une action diplomatique et peuvent avoir de force pour fixer les principes du droit des gens C, p. 109.,

N° 74, A.B : phosphates du Maroc. Exception préliminaire française : invocation de la pratique des Etats à propos de la règle de la nécessité de l'épuisement des recours internes avant toute action du gouvernement de l'Etat des ressortissants prétendus spoliés, C., 209 et suiv. Observations et conclusions italiennes, p. 440 et suiv.

Pour la théorie de Visscher : *Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, en 1925, t. 1, p. 351 et suiv. et celui du professeur de Lapradelle sur la Justice internationale, *Cours ae doctorat*, 1932-1933, 18e leçon, p. 13 et suiv.

1. H. Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, t. 1, p. 69 et suiv.
2. *Id.*, p. 148.

internes pour la formation des règles coutumières, et ces dernières ont perdu leur place prépondérante.

Nous avons déjà mentionné à propos des décisions judiciaires internationales le rôle auxiliaire de détermination des sources du droit qui est dévolu à la jurisprudence par l'alinéa 4 de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Cet article n'exclut pas dans sa rédaction les sentences des tribunaux internes. Nous pouvons citer à titre de commentaire les affirmations très générales qui sont contenues à ce sujet dans l'avis dissident publié par le juge Moore à la suite de l'arrêt du Lotus :

« Ces principes directeurs (ceux contenus dans l'alinéa 4 de l'article 38) ne font qu'exprimer la règle bien établie que les tribunaux internationaux, qu'ils soient permanents ou temporaires, lorsqu'ils statuent entre deux Etats indépendants, ne doivent pas considérer les jugements des tribunaux d'un Etat quelconque portant sur des questions de droit international comme faisant loi pour d'autres Etats, mais tout en reconnaissant auxdits jugements la valeur due à l'opinion d'un certain pays judiciairement exprimée, les tribunaux internationaux ne doivent les appliquer à titre de précédent que dans la mesure où ils se trouveraient être en harmonie avec le droit international comme étant le droit commun de tous les pays »[1].

Ainsi, d'après le juge Moore, un précédent tiré de la jurisprudence des tribunaux d'un Etat quelconque n'aurait de valeur qu'autant qu'il serait en harmonie avec le droit international commun, autrement dit les décisions internes peuvent servir à corroborer une règle coutumière déjà prouvée par d'autres moyens, mais elles ne peuvent à elles seules établir une coutume, surtout vis-à-vis d'Etats de la jurisprudence desquels

1. Arrêt n° 9, *Publications de la C.P.J.I.*, série A, p. 74.

elles ne font pas partie. Ce n'est que lorsqu'elles sont en conformité avec le droit international que ce juge leur reconnaît la valeur due à « l'opinion d'un certain Etat judiciairement exprimée », c'est-à-dire la même que celle des actes émanant des autres organes internes d'un Etat comme marquant l'orientation de cet Etat relativement à une règle coutumière.

Nous avons vu précédemment que l'importance de la jurisprudence des tribunaux internes est niée par certains auteurs positivistes, comme Strupp, pour qui, la coutume dérivant de la volonté de l'Etat, seuls peuvent être considérés comme des manifestations de cette volonté les actes émanant des organes préposés aux relations extérieures[1]. Nous ne pouvons, sans outrepasser le cadre de notre sujet, rechercher quelle solution a été apportée à ce problème par les différentes écoles du droit des gens. Il nous revient seulement a rechercher si le discrédit ainsi jeté sur cette source du droit international coutumier a eu de profondes répercussions dans la jurisprudence internationale.

Avant d'entreprendre cet examen, il faut rappeler l'importance qui a toujours été reconnue aux sentences des tribunaux internes dans les pays anglo-saxons[2].

Nous avons déjà parlé de la valeur que leur reconnaissait le juge Marshall, qui a été président de la Cour suprême des Etats-Unis de 1801 à 1835[3].

En Grande-Bretagne, le système de la fusion du droit inter-

1. V. *supra*, p. 129. — A ce propos, le professeur de Lapradelle s'exprime ainsi dans son *Cours de doctorat* précité sur la Justice internationale : « Pour les positivistes l'Etat n'est jamais lié que par sa propre volonté ; mais c'est seulement l'Etat, par sa puissance publique propre, c'est-à-dire par son législatif ou plus exactement, en droit des gens, son exécutif qui peut affirmer sa volonté. Une décision de la jurisprudence interne, pour entrer dans la formation de la coutume, n'y peut venir qu'à titre d'interprétation de la décision de l'exécutif, non pas avec une valeur propre », *Cours* professé en 1932-1933, 1re leçon, p. 13).

2. L. Kopelmanas, *Essai d'une théorie des sources formelles du droit international*, « *Revue de droit international*, 1938, 1er sem., p. 101.

3. V. *supra*, p. 181, note 1 *in fine*.

national avec le droit interne devait conduire à donner à la jurisprudence nationale un rôle dans l'élaboration du droit international coutumier.

C'est pourquoi Lord Stowell, dans les affaires The Maria en juin 1799[1], The Recovery[2] et The Fox[3], affirmait déjà en termes éloquents l'impartialité et l'universalité du droit administré par les cours de prises anglaises. Cela résulte de même des déclarations du Privy Council dans l'affaire du Zamora en 1916[4].

Voyons maintenant l'état de la jurisprudence internationale sur la question.

Il semble que les tribunaux internationaux se soient peu préoccupés de rechercher l'importance des décisions internes dans la formation du droit international coutumier, du fait qu'ils apportaient une plus grande attention à la jurisprudence internationale.

En ce qui concerne les arbitrages nous citerons l'opinion exprimée par le commissaire des Etats-Unis Gore dans l'affaire du Betsey. Gore examine la question de savoir si le propriétaire du navire saisi pouvait être considéré, par suite de sa présence à la Guadeloupe au moment de la saisie, comme un ennemi dont la propriété privée fut saisissable au cours d'une guerre maritime. Il apporte la preuve du contraire en se basant sur la jurisprudence des tribunaux internes de l'autre partie[5].

De même, dans l'affaire de l'Alabama, la Grande-Bretagne avait fait valoir qu'au cours de la guerre de Secession, les Etats-Unis avaient beaucoup étendu le droit de capture en haute mer soit pour contrebande de guerre, soit pour violation de blocus.

1. I Chr. Rob, 150.
2. Chr. Rob, 438.
3. I Chr. Rob. 312.
4. Fauchille et Basdevant, *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 1, p. 285.
5. A la suite du traité Jay, 19 nov. 1794, entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, Lapradelle et Politis, t. 1, p. 56 et 69.

Ce principe avait été introduit par les cours des prises américaines, et n'avait rencontré aucune opposition de la part de la Grande-Bretagne. Ne peut-on dire alors que les Etats-Unis et la Grande-Bretagne ont manifesté un accord de volonté, l'une par la jurisprudence de ses tribunaux, l'autre par son inaction à ce propos[1].

Parmi les arbitrages récents, on peut citer l'affaire de l'île Palmas dont la sentence a été rendue le 4 avril 1928 entre les Etats-Unis et les Pays-Bas. L'arbitre M. Max Huber, invoque plusieurs décisions de la Cour suprême des Etats-Unis établissant la nécessité d'un exercice continu et pacifique de certaines fonctions pour faire la preuve de la souveraineté territoriale[2].

En ce qui concerne la Cour Permanente de Justice Internationale, nous ne trouvons guère de renseignements précis que dans l'arrêt relatif à l'affaire du Lotus.

A de nombreuses reprises, on constate que la Cour ne méprise pas les enseignements des jurisprudences nationales. Au moment où elle examine le premier argument présenté par la France pour défendre à la Turquie d'exercer des poursuites contre le lieutenant Demons, c'est-à-dire le point de savoir si le droit international permet de poursuivre les délits commis à l'étranger par des étrangers en raison seulement de la nationalité de la victime, la Cour rejette cet argument, constate le manque de précédent sur ce point et ajoute :

« Par contre, il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial interprètent la loi pénale

1. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 806 et suiv.
2. *Revue générale de droit international*, 1935, p. 165. On peut rapprocher de cette décision l'opinion exprimée par le juge Staempfli, dans l'affaire de l'Alabama, qui cite la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, Lapradelle et Politis, t.2. p. 867.

dans ce sens... », argument auquel la Cour ajoute l'attitude adoptée par la jurisprudence française [1].

Et plus loin, toujours sur le même sujet : « D'autre part, la Cour n'a pas connaissance de cas dans lesquels des gouvernements auraient protesté contre le fait qu'une loi pénale contiendrait une règle à cet effet ou que les tribunaux d'un pays auraient interprété leur législation pénale en ce sens » [2].

Ailleurs la Cour examine les précédents judiciaires mentionnés par les parties comme le cas du Franconia, ou bien la jurisprudence anglaise et les revirements constatés dans les décisions récentes [3].

Mais nous ne trouvons pas dans cet arrêt de déclarations de principe sur la valeur des décisions nationales. Recherchant s'il existe une règle de droit international spéciale aux cas d'abordage selon laquelle les poursuites pénales seraient du ressort exclusif de l'Etat du pavillon, la Cour refuse de « rechercher quelle valeur on pourrait attribuer à des jugements nationaux lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une règle de droit international », en constatant la divergence des décisions invoquées. Et déclarant qu' « il lui suffit de constater que, la jurisprudence nationale étant ainsi partagée, il n'est guère possible d'y voir un indice de l'existence de la règle restrictive de droit international, qui seule pourrait servir de fondement à la thèse du gouvernement français », elle ne donne pas son avis sur la question qui nous intéresse [4].

1, *Publications de la Cour*, série A, p. 23.
2. *Id.*, p. 23.
3. *Id.*, p. 26 et suiv.
4. *Nota.* — Les travaux préparatoires des décisions de la Cour comportent un grand emploi des sentences des juridictions nationales comme moyen de preuve des règles coutumières. En voici des exemples :
Avis n° 4, décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, contre-mémoire français, série C, p. 219.
Avis n° 6colons allemands en Pologne, discours polonais, série C, p. 558 et suiv.
Arrêt n° 9, affaire du *Lotus*, mémoire français p. 184 et suiv., 199, 201 ; contre-mémoire français, p. 270 et 279 et suiv., discours français, p. 74 ; contre-mémoire

§ 3. — *Les législations internes.*

La question s'est posée de savoir si les lois internes doivent être, de même que les actes des gouvernements, classées parmi les précédents capables de favoriser l'éclosion des règles coutumières internationales. Il s'agit naturellement de l'hypothèse où la loi interne contient des principes de droit international, s'occupant de questions susceptibles d'affecter la personnalité des Etats, ou celle de sujets étrangers.

Nous possédons sur ce point des développements jurisprudentiels plus amples que ceux qui traitent des décisions des tribunaux nationaux.

Il est curieux de constater qu'en ce qui concerne les législations internes, la solution préconisée par les premières sentences arbitrales n'a pas été suivie par les décisions plus récentes et par la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale.

Nous possédons en effet deux décisions rendues en 1855 par le même arbitre et se rapportant toutes deux à la valeur internationale des lois internes établissant l'esclavage.

La première, rendue dans l'affaire de l'Enterprize déclare : « On ne peut nier que l'esclavage est contraire aux principes de justice et d'humanité, et qu'il peut seulement être établi dans un pays par la loi. Au temps des faits sur lesquels cette réclamation est fondée, l'esclavage existait en vertu de la loi dans plusieurs contrées, et n'était pas pleinement aboli dans les possessions britanniques.. Il ne pouvait donc être contraire à la loi des nations... »[1].

turc, p. 339 et p. 353 dans lequel la consultation du professeur Diena reproduit l'opinion du professeur Anzilotti que les jurisprudences nationales ne peuvent produire que des indices et ne suffisent jamais à démontrer une coutume internationale ; on retrouve cette même citation dans le discours turc, p. 114.

1. Etats-Unis /Grande-Gretagne, 15 janv. 1855. ; Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 1, p. 703.

Et la seconde relative à l'affaire du Créole porte de même : « Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de rapporter ici des autorités pour démontrer que l'esclavage, quoiqu'odieux et contraire aux principes de justice et d'humanité, peut être établi par la loi d'une contrée ; et que, ayant été ainsi établi dans plusieurs contrées, il ne peut pas être contraire à la loi des nations... »[1].

D'après ces décisions, il n'y a pas droit international tant que quelques législations internes restent opposées à la règle généralement acceptée, cette dernière n'a donc pas le caractère d'une coutume internationale.

Cette solution est restée exceptionnelle c'est ainsi que dans l'affaire de l'Alabama, la Grande-Bretagne réfute la théorie des Etats-Unis suivant laquelle la législation interne pourrait être considérée comme un aveu et par conséquent comme une preuve à l'encontre d'un Etat de ses obligations coutumières. Son argumentation porte sur deux points : d'abord si la loi nationale était le critérium des devoirs internationaux, au lieu d'une règle égale et commune, il y aurait en matière de neutralité soit dans l'espace soit dans le temps, autant de règles inégales et variables que de nations différentes ou que de lois différentes au sein d'une même nation ; d'autre part, l'objet premier et immédiat de la loi nationale est la protection des intérêts de l'Etat et de ses citoyens ; or il arrive souvent qu'il soit utile d'interdire à l'intérieur, par rapport aux autres Etats, des actes qui ne sont pas défendus par le droit international[2].

Et au cours de la délibération du tribunal, sur la question de « due diligence », nous lisons dans l'opinion exprimée par

1. *Id.*, 15 janv. 1855, p. 704.
2. Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 809. — V. l'invocation des lois internes, dans une note spéciale de l'agent britannique sur la question des intérêts des sommes à allouer, p. 884.

le juge suisse Staempfli la déclaration suivante : les lois de neutralité propres à un Etat « ne constituent pas un élément du droit des gens, en ce sens qu'elles peuvent être, en tout temps changées, modifiées ou complétées sans la coopération ou le consentement d'autres Etats, le droit des gens lui-même étant absolument indépendant de ces lois internes... »[1].

Ainsi donc, et en sens contraire, des deux sentences de 1855, l'affaire de l'Alabama qui date de 1872 considère-t-elle que la destination des lois internes empêche qu'une valeur quelconque leur soit reconnue en matière internationale. Répondant à des besoins internes, qui n'ont aucun rapport avec les questions internationales, elles ne sauraient être prises en considération pour la détermination de la loi entre les nations, qui par nature ne tient pas compte des intérêts d'un ou de plusieurs Etats en particulier.

Il peut cependant en être autrement par exemple lorsque ces lois internes sont passées dans le droit international par l'effet d'une reconnaissance de la part des Etats formant la communauté des nations, mais dans ce cas la question n'est plus la même, on se trouve alors devant la volonté des Etats de donner à une législation nationale un caractère international.

C'est en tenant compte de ce fait notamment que la Cour Permanente d'Arbitrage, dans sa sentence relative à l'affaire des Boutres de Mascate, a déclaré prendre en considération les législations nationales pour l'interprétation d'une convention. « Considérant, lit-on dans cette décision, qu'à défaut d'une définition du terme « protégé » dans l'Acte général de la Conférence de Bruxelles, il faut entendre ce terme dans le sens qui correspond le mieux tant aux intentions élevées de cette conférence et de l'Acte final qui en est résulté, qu'aux

1. *Id.*, p. 859.

principes du droit international tels qu'ils ont été exprimés dans les conventions en vigueur à cette époque, dans la législation nationale *en tant qu'elle a obtenu une reconnaissance internationale* et dans la pratique du droit des gens »[1].

Le caractère effacé des législations internes est encore plus marqué par la Cour Permanente de Justice Internationale.

Nous lisons en effet dans son arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, qu' « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »[2].

1. J.B. Scott, sentences de la C.P.A., p. 101-102. Cette solution a été également consacrée par deux affaires célèbres tranchées par la Cour suprême des Etats-Unis.

Dans la première, l'affaire Scotia, le juge Strong à propos d'une question d'abordage, dit textuellement ceci : « Beaucoup d'usages qui ont aujourd'hui force de loi ont été à l'origine des prescriptions législatives d'un seul Etat : comme la loi rhodienne qui était au commencement une loi interne de l'île de Rhodes, les ordonnances de la ligue hanséatique et les ordonnances de Louis XIV. Toutes ces lois particulières sont devenues des usages maritimes en droit international par le consentement des Etats intéressés (Moore, *Digest*, t. 1, chap. 1, § 1, p. 3).

La deuxième sentence s'occupe de la règle que les embarcations de pêche ne sont pas susceptibles de prises de guerre. Ce principe était déjà appliqué depuis longtemps par la France et la Grande-Bretagne lorsqu'il fut consacré par les ordonnances françaises de 1543 et 1548 ; il fut cependant abandonné par la France des ordonnances de 1681 et 1692 à la guerre de l'Indépendance américaine, par l'Angleterre de 1798 aux ordonnances de 1806 et 1810 (v. affaire du Young Iacob et Iohanna où lord Stowell a soutenu que la non capture des vaisseaux de pêche n'était pas une obligation mais une règle de courtoisie. V. Moore, *Digest of international law*, t. 1, p. 7), l'acceptation de cette coutume n'a été générale qu'en 1898, dans l'affaire Paquete Habana et après son adoption par la deuxième Conférence de La Haye.

2. 25 mai 1926, *Publications de la Cour*, série A, p. 19. Il est intéressant de rapprocher de cette citation l'affirmation suivante contenue dans l'avis n° 17 qui trait aux communautés gréco-bulgares : que c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité (*id.*, série B, p. 32).

Nota. — Au cours des travaux préparatoires de l'arrêt relatif à l'affaire des Zones franches, la valeur des lois internes en matière internationales a été longuement discutée entre la France et la Suisse, cette dernière fondant son argumentation sur la règle de droit interne de la stipulation pour autrui (ordonnance du 19 août 1929, série C, p. 198 et suiv.). On lit en particulier dans la réplique française, l'affirmation qu' « il ne suffit pas qu'une règle soit établie dans toute les législations privées pour qu'elle passe, du domaine du droit privé, dans le

Si nous recherchons à présent la raison de cette insuffisance des lois internes dans la formation des règles coutumières, nous en trouvons plusieurs explications dans les avis dissidents qui ont été publiés à la suite de l'arrêt du Lotus.

D'après le juge Loder, il s'agit de sauvegarder l'indépendance et la souveraineté des Etats ; la « conséquence fondamentale » en est « qu'aucune loi nationale, en l'espèce aucune loi pénale, ne peut s'étendre ni exercer sa force obligatoire en dehors du territoire », car cette règle, ajoute-t-il, est « le postulat même de l'indépendance interétatique »[1].

Pour le juge Nyholm, cette absence de valeur des lois internes s'explique par le motif que les actes des Etats susceptibles de former les principes coutumiers doivent être accomplis dans le domaine international[2].

Enfin, pour le juge Altamira, ces lois « manquent de valeur, à moins d'un assentiment dûment constaté, parce qu'elles n'expriment que le désir ou la pensée d'un Etat sous forme d'une règle interne qui représente l'opinion d'une majorité plus ou moins grande de la collectivité politique nationale »[3].

Mais est-ce à dire, si les législations nationales sont inaptes

domaine du droit international » (p. 115). La Cour n'a pas examiné la question, étant arrivée à la conclusion que la situation de fait rendait cet examen inutile. Nous ne pouvons que citer l'opinion exprimée par le juge français Dreyfus qu'« étant donné cette diversité de la nature et des effets juridiques de la stipulation pour autrui en droit interne, on ne peut songer à la transposer comme telle en droit international public » (série A, p. 43.).

Voir encore l'affaire du *Lotus* mémoire français, p. 184 et suiv. ; contre-mémoire français, p. 137 et 253 ; mémoire turc, p.226 et suiv. à titre d'exemples.

1) Arrêt n° 8, intérêts allemands en Haute-Sélésie, mémoire allemand, p. 142.

3) Arrêt n° 13, usine de Chorzow (Fond), discours allemand : le principe des dommages-intérêts pour réparation intégrale est admis dans tous les droits nationaux et est donc admis en droit international, (série C, p. 74) ; contre-mémoire polonais : les principes de droit civil ne peuvent être librement appliqués en droit international, qui connaît des principes qui lui sont propres (série C, p. 156).

Avis n° 13, compétence de l'organisation internationale du Travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron, série C, p. 45, 47 et 199.

1. Série A, p. 35. — V. aussi *id.*, discours turc, série C, p. 122. Rapprocher arrêt n° 13, usine de Chorzow(fond), série C, p. 156 et suiv.

2. Série A, p. 59 .

3. *Id.*, p. 96 et 97.

à fonder une coutume, que leur rôle est nul en ce qui concerne l'existence du droit international coutumier ?

Cette question a tenté de nombreux auteurs. Déjà dans le cours du Professeur Anzilotti sur lequel s'appuie la thèse du gouvernement turc dans l'affaire du Lotus, on lit que la coutume ne peut résulter que d'actes des Etats se rattachant au domaine international, mais que cependant des actes de nature interne peuvent servir d'indices, quoiqu'à eux seuls ils ne soient jamais suffisants[1].

Toujours à propos de l'arrêt du Lotus, ce rôle indirect, mais réel, a été de même analysé par le juge Altamira. Cet auteur leur reconnaît, dans son avis dissident, une certaine valeur pour constater en fait l'opinion des Etats, à l'égard de certaines questions internationales pour lesquelles ces Etats ne se sont pas engagés par convention, à édicter une loi allant à l'encontre de l'engagement consenti, ou bien pour lesquelles il n'existe pas une coutume reconnue par ces Etats. Il reconnaît leur manque de valeur dans presque tous les autres cas[2].

Ce rôle est du reste affaibli, comme le constate le juge Altamira dans son avis dissident, par la nécessité que des conflits internationaux naissent à leur sujet[3].

Avant d'en terminer sur ce point, il faut encore signaler l'opinion formulée par le juge de Bustamante dans l'avis dissident qu'il a publié à la suite de l'arrêt n° 15 relatif aux emprunts brésiliens en France. Cette opinion tranche nettement sur celles qui viennent d'être relevées et elle se rattache aux deux sentences de 1855 citées au début de ce paragraphe. Comme elle est restée isolée, elle ne peut nullement être considérée comme l'expression d'une tendance de la jurisprudence contemporaine.

1. Consultation du professeur Diena versée au dossier. Série C, p. 353.
2. *Id.*, p. 96 et suiv. — Voy. *supra*, p. 197.
3. *Id.*, p. 34.

Les contrats passés par le gouvernement brésilien et les personnes chargées de travaux publics au Brésil, dit M. de Bustamante, supposent que les titres des emprunts seront reçus par lesdites personnes en paiement desdits travaux, et qu'il s'agit donc en l'espèce de contrats privés soumis aux règles d'un droit national, droit national qu'il appartient à la Cour de définir. Puis il ajoute que cette tâche n'est en rien contraire à la juridiction ou à la compétence de la Cour :

« Dans plusieurs problèmes classés, sans aucun doute possible, dans le cadre du droit international public, il advient très souvent qu'aucune règle universelle, conventionnelle ou coutumière, n'a été acceptée ou observée, et qu'il faut choisir une règle internationale observée et maintenue par un Etat comme un principe de son droit national. En d'autres termes, et d'accord avec la doctrine très générale en Angleterre et aux Etats-Unis, le droit international public fait souvent partie du droit national. Nous avons constaté ces différences des droits nationaux l'année dernière à l'occasion de l'affaire d'abordage, entre un bateau français et un bateau turc, soumise à la Cour »[1].

Ainsi le Professeur de Bustamante accorde aux législations internes un rôle qui n'est subordonné qu'à l'absence de toute règle internationale conventionnelle ou coutumière, pour trancher des problèmes dont la nature internationale ne saurait cependant faire de doute. Il se fonde, pour ce faire, sur le principe anglo-saxon de l'intégration du droit international dans le droit interne[2].

En résumé, nous constatons sur ce problème deux tendances, l'une qui réduit au minimum le rôle des lois internes dans l'évolution et la preuve du droit coutumier, l'autre qui

1. *Id.*, arrêt du 12 juillet 1929, série A, p. 129.
2. Cf. G. Gianni, *La coutume en droit international*, p. 98.

au contraire les élève au rang de source subsidiaire en l'absence toutefois de règles internationales bien établies.

Jusqu'à ce jour, la grande majorité des décisions internationales s'est ralliée à la première tendance : les législations internes ne peuvent tout au plus que servir d'indices dans la recherche de l'attitude des Etats sur la règle envisagée et non pas servir elle-même de précédents. Il ne saurait en être autrement, comme le constate le Professeur Basdevant que lorsque, à la base de leur concordance, on constate l'existence de l' « *opinio juris gentium* », de l'intention des Etats de considérer telle règle comme étant de droit international coutumier.

Section V

Preuve par la doctrine.

1° *Les textes.*

L'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale énumère, après les conventions, les règles coutumières et les principes généraux de droit, et à côté des décisions jurisprudentielles « la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Si donc la doctrine ne peut être assimilée à une source de droit, du moins son rôle dans la formation et l'évolution du droit international coutumier est-il assez important pour mériter de prendre place dans l'un des textes les plus considérables du droit international actuel.

Comme l'a signalé le baron Descamps, président du Comité des juristes qui a élaboré l'article 38, son rôle est élucidateur[1].

1. Cité par L. le Fur, *Chronique* dans le Dalloz Hebdomadaire, 1931, p. 57.

Le texte précise en effet, que cet élément ne peut être utilisé que comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, car seules les sources mentionnées dans les trois premiers alinéas de l'article 38 constitue le droit normatif. « La doctrine et la jurisprudence n'interviennent que pour guider le travail de construction auquel elles (ces sources) doivent être soumises »[1].

L'article 38 accorde à la doctrine un rôle plus important que celui qui lui est ordinairement reconnu dans les Etats continentaux. La raison en est qu'il a subi l'influence des rédacteurs anglo-saxons du Statut de la Cour. A la réunion du Comité des juristes, Lord Phillimore, le délégué anglais avait même tenté de faire admettre que « l'accord de plusieurs auteurs sur un même point forme la coutume ».

Cette importance tient surtout à ce que le rôle du publiciste, dans les pays anglo-saxons, est strictement limité à l'enregistrement du droit en vigueur. Nous lisons dans la décision rendue par le juge Gray au nom de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Paquete Habana :

« Le droit international est une partie de notre droit, il doit être admis et appliqué par les juridictions respectives, chaque fois que des questions de droit se présentent en corrélation avec lui. A cet effet, s'il n'y a pas d'actes émanant du pouvoir législatif ou exécutif, on doit recourir à la coutume et aux usages des nations civilisées. Et comme preuve de ceux-là, aux travaux des juristes et des commentateurs, lesquels par des années de travail, de recherches et d'expérience sont devenus particulièrement versés dans les questions qu'ils étudient »[2]. Et nous trouvons dans Dickinson cette mise au

1. Bourquin, *Règles générales du droit de la paix, Cours* professé à La Haye, 1931, t. 1, p. 74. — V. encore W. E. Beckett, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la C.P.J.I.*, 1932, t. 1, p. 154 et 255.
2. Moore, *Digest of international law*, t. 1, p. 8.

point que les tribunaux doivent recourir à ces travaux non pas pour les spéculations des auteurs sur ce que le droit devrait être, mais pour prouver ce qu'il est réellement[1].

Cependant, cette importance ne va pas jusqu'à faire considérer la doctrine comme un véritable précédent. G.-A. Finch, dans son cours professé devant l'Académie de droit de La Haye en 1935 rapporte cette citation du Lord Chief Justice Alverstone, commentant la décision West Rand Central Gold Mining Co, contre le Roi, tranchée par le King's Bench de Grande-Bretagne.

« Les simples opinions des jurisconsultes... ne sont pas par elles-mêmes suffisantes. Elles doivent avoir reçu la sanction expresse du consentement ou être arrivées graduellement à faire partie du droit des gens, parce que, en pratique, elles ont été fréquemment appliquées dans les affaires des diverses nations[2]. Ainsi, de même que pour les législations internes, le *consensus omnium* est nécessaire pour que la doctrine devienne une source effective du droit international.

Nous trouvons l'explication de cette tendance dans l'ouvrage déjà cité de G. Gianni : « *La coutume en droit international* » par lequel nous terminerons l'étude de ce point :

« La caractéristique des publicistes anglais et américains me paraît résider dans l'orientation éminemment pratique

1. *The law of nations*, p. 42. — Nous lisons encore dans le *Cours* professé à La Haye, par le professeur de Visscher, 1925, t. 1, p. 358 :

« La doctrine doit s'attacher à rechercher dans la pratique des Etats, les usages qui ont acquis une valeur coutumière et par là même un caractère obligatoire. L'opinion que les auteurs expriment dans leurs ouvrages, quant à l'existence d'une coutume, est donc un moyen de preuve de la coutume, c'est une documentation qui, le cas échéant pourra éclairer la pratique judiciaire tout comme la pratique gouvernementale.

« Dans une affaire célèbre, The Paquete Habana, la Cour Suprême des Etats-Unis a émis au sujet de la valeur des opinions doctrinales l'appréciation suivante : « Les tribunaux recourent aux ouvrages de doctrine, non pas en raison des opinions théoriques de leurs auteurs sur ce que le droit international devrait être, mais pour y trouver une démonstration digne de confiance du droit existant ».

2. J.B. Scott, *Cases on international law*, 1922, p. 7 et 8 ; Finch, p. 578.

qu'ils donnent à leur doctrine. Les constructions d'ensemble, les recherches philosophiques ou méta-juridiques comme on les appelle souvent, leur sont en principe étrangères. Aussi les justifications des opinions qu'ils professent relèvent plutôt de précédentes pratiques, de cas de jurisprudence que de recherches théoriques et abstraites ». A ces raisons, il convient de plus d'ajouter la formation scientifique des publicistes, plus habitués que leurs confrères continentaux au maniement de la coutume[1].

2° *La jurisprudence.*

Si l'on considère la jurisprudence arbitrale, on constate que les travaux des auteurs ont été amplement mis à profit par les premières décisions qui ont été rendues : « Il fut un temps, constate M. Kopelmanas, où la doctrine a joué le rôle d'une véritable source formelle du droit international. A l'aube de l'arbitrage international, la jurisprudence se trouvant devant un véritable vide, a dû largement recourir aux auteurs qui lui ont fourni le point de départ. A défaut d'une loi officielle des citations, les arbitres ont créé eux-mêmes une hiérarchie parmi les autorités doctrinales.

« Ce rôle, continue cet auteur, il y a longtemps que la doctrine en a été dépossédée. A l'heure actuelle, les auteurs ne sont plus agents directs d'élaboration du droit international... La doctrine n'agit directement sur la formation du droit positif que pour autant que ses représentants participent à la vie active du droit »[2].

On voit, à la suite de M. Kopelmanas, que le rôle de la doctrine peut être envisagé de deux façons différentes. D'abord il peut être facteur exclusif de ce droit, un ou plusieurs auteurs

1. V.. encore L. Ehrlich, *L'interprétation des traités, Cours* professé à La Haye, 1928, t. 4, p. 8

2. *Essai d'une théorie des sources formelles du droit international*, « *Revue du droit international* », 1938, 1er sem., p. 101.

créant ainsi le droit international par le seul pouvoir de leur autorité personnelle, la règle qu'ils ont formulée s'adaptant d'une manière pratique au cas litigieux. Dans d'autres hypothèses il peut être beaucoup moins important et ne consister qu'à fournir au juge la documentation nécessaire à la reddition de son arrêt ; les auteurs ayant relevé des cas de droit coutumier, le juge est tout naturellement amené à puiser dans leurs ouvrages, et au besoin à les citer, pour établir l'existence de la règle à appliquer.

La première conception du rôle de la doctrine est presqu'entièrement abandonnée aujourd'hui. Il n'est guère possible de l'envisager que dans les cas hypothétiques d'un auteur qui créerait de toutes pièces une réglementation internationale relative à un état de fait encore inexistant. Son hypothèse venant à se réaliser, il serait logique que le juge s'inspirat de ses travaux pour résoudre un conflit éventuel. Nous pensons par exemple à l'invention d'un nouveau mode de locomotion ou à la découverte de forces encore inconnues.

C'est un peu ce qui arrivait dans la première époque de l'arbitrage, comme l'indique M. Kopelmanas. La seconde conception est celle qui prévaut aujourd'hui, comme il est aisé de s'en rendre compte en étudiant la jurisprudence.

Il est évident qu'étant donné l'état du droit coutumier international depuis la fin du XVIII^e^ siècle, les tribunaux arbitraux avaient la faculté de se référer à d'autres sources du droit qu'aux écrits de la doctrine. Cependant, ils ont largement mis à contribution, pour appuyer leurs décisions, les idées exprimées par les auteurs dans leurs ouvrages. Il va de soi que certains d'entre eux, les plus considérables, aient été grandement exploités, tels Grotius, Vattel ou dans des temps plus récents, Wheaton.

Nous ne pouvons faire ici une énumération des sentences

arbitrales qui, de près ou de loin, ont mis la doctrine à profit. Nous nous contentons d'en citer quelques exemples.

Dans l'affaire du Betsey, tranchée à la suite du traité Jay du 19 novembre 1794, entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, le commissaire américain Gore examine la question de savoir si le propriétaire du navire pouvait être considéré, par suite de sa présence à la Guadeloupe, au temps de la saisie, comme un ennemi dont la propriété privée, dans la guerre maritime, était saisissable. Après avoir démontré le contraire à l'aide de la jurisprudence des tribunaux internes de la partie adverse, il prouve accessoirement ce droit « tel qu'il est établi par les auteurs éminents ». Et il affirme que l'application de la doctrine varie avec les époques et le degré de perfection, aux différents moments envisagés, du droit international [1].

Il en est de même dans l'affaire du Neptune, à propos de laquelle les commissaires ont rejeté l'exception de nécessité en se basant sur l'opinion de Grotius [2] ; des affaires des navires l'Enterprize, Hermosa, Créole, dans l'avis du commissaire anglais Hornsby [3].

A une date plus récente, on peut citer : l'affaire du Médina qui a posé une question de nationalité. Dans sa sentence rendue le 31 décembre 1862, le surarbitre traite du droit qu'a tout Etat de protéger ses nationaux à l'étranger. Il déclare à ce propos qu' « avec une grande érudition, leurs avocats (des parties) ont cité l'opinion de publicistes éminents, notamment Phillimore, et rappelé un grand nombre de précédents où ce droit a été exercé par divers gouvernements. Le nombre de ces citations, ajoute-t-il, aurait pu être indéfiniment étendu » [4].

1. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 69 et 73 *in fine*.
2. Toujours à la suite du traité Jay, *id.*, t. 1, p. 137.
3. *Id.*, p. 697.
4. Dans un groupe d'affaires relatives à des réclamations de citoyens américains contre la république de Costa-Rica, après la guerre du Costa-Rica contre le Nicaragua, *id.*, t. 2, p. 164.

— L'opinion du juge Staempfli au cours de la délibération du tribunal qui a tranché l'affaire de l'Alabama [1].

— L'arbitrage rendu le 15 septembre 1895 entre le Chili et la Grande-Bretagne relatif aux indemnités réclamées par des citoyens anglais à raison des dommages causés par la guerre civile ; la sentence invoque des opinions doctrinales pour déclarer la non responsabilité des gouvernements pour les actes commis par des soldats débandés et hors de leur surveillance [2].

— La sentence mixte des réclamations hollando-vénézuéliennes, affaire Bembelista c/ Vénézuela, en 1903, qui déclare : « L'arbitre a examiné attentivement tous les ouvrages de droit international et il estime que les principes qu'ils établissent doivent recevoir leur sanction pleine et entière ». « The Umpire has made careful examination of nearly all the International law textbooks, and finds the principles herein laid down to receive their unqualified sanction ». Cette sentence était rendue à la suite de réclamations pour dommages causés à un particulier par les troupes vénézuéliennes au cours de l'engagement qui avait eu lieu à Puerto Cabello le 11 novembre 1899 [3].

Parmi les arbitrages contemporains, nous citerons la sentence rendue dans l'affaire de l'île Palmas par l'arbitre Max Huber, qui fait état de Vattel et de Wheaton pour prouver le principe de la nécessité de l'exercice continu et pacifique des fonctions étatiques comme élément constitutif de la souveraineté territoriale [4], ainsi que la sentence arbitrale du 18 juin 1929 rendue par la Commission franco-mexicaine, qui invoque

1. *Id.*, t. 2, p. 862.
2. La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, p. 451.
3. Descamps et Renault, *Traités du XX^e siècle*, 1903, p. 874 et spécialement, p. 882.
4. Sentence du 4 avril 1928, « *Revue générale de droit international public*, 1935, p. 165.

à l'appui de ses dires l'opinion de « la majorité des auteurs »[1].

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, il est curieux de constater qu'il n'y a pas un seul cas, apparemment, où la Cour ait invoqué l'autorité d'un auteur particulier en droit international. Nous trouvons seulement dans plusieurs de ses décisions des références à la « doctrine des auteurs ».

Il en est ainsi dans l'avis n° 6 relatif à certaines mesures touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, en date du 10 septembre 1923[2]. Nous trouvons de même l'expression de « doctrine constante » dans l'arrêt n° 6 relatif à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, du 25 août 1925, sur une question de litispendance[3].

3. *Id.*, 1930, p. 327.

Nota. — Exemples tirés des travaux préparatoires de sentences arbitrales : Affaire du Macedonian entre le Chili et les Etats-Unis sentence du 15 mai 1863, rendue par le roi Léopold 1er ; chaque partie a invoqué des arguments doctrinaux à l'appui de sa thèse, et l'examen d'une partie de cette doctrine a été repris dans le mémoire qui a été rédigé par le ministre des Affaires Etrangères belge chargé d'étudier la question en premier (Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 182).

Affaire de l'île de Bulama entre la Grande-Bretagne et le Portugal : le rapport présenté par l'avocat Bancroft Davis à l'arbitre par son ordre déclare que « la réplique britannique cite en les approuvant certaines doctrines de Vattel qui, dans leur application à l'espèce, peuvent être tenues pour solides », et qui sont les suivantes ... (Lapradelle et Politis, *op. cit.*. t. 2, m. 611).

Affaire de la fermeture de Buenos-Ayres entre l'Argentine et la Grande-Bretagne : exposé d'opinions d'auteurs (en particulier de Vattel) dans la consultation donnée par l'avocat Cosmo Campillo au président du Chili nommé arbitre, sur la demande de ce dernier ; de même dans consultation donnée à propos de la même affaire par la Cour Suprême du Chili : l'arbitre a déclaré avoir tenu compte de ces deux avis (Lapradelle et Politis, t. 2, p. 647).

Affaire de l'Alabama entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne : le mémoire américain fait appel à la doctrine, à côté d'autres précédents, pour prouver la règle que la construction, le lancement, l'armement et l'équipement par les neutres, de vaisseaux de guerre pour des belligérants, étaient rangés avant le traité de Washington dans les articles ordinaires de contrebande (Lapradelle et Politis, t.. 2, p. 789, *in fine*). — Dans le contre-mémoire anglais, toujours à propos de la même règle, on lit : « A l'époque de la guerre de Secession, tous les auteurs, sauf Galiani, permettaient le commerce, la construction, l'armement, la vente des navires. La coutume était fixée en ce sens ; or, le droit international ne change pas de lui-même, ni en vertu des systèmes individuels des auteurs ; il ne change que par la coutume » (*Id.*, p. 812).

2. *Publications de la Cour*, série B, p. 37.

3. *Id.*, série A, p. 20.

Mais c'est surtout dans l'arrêt du Lotus que la Cour a examiné, ou plutôt a refusé d'examiner la question. En effet, au moment où elle recherche la valeur du second argument présenté par la France pour interdire à la Turquie de poursuivre le lieutenant Demons, à savoir qu'en droit des gens l'Etat du pavillon posséderait une compétence exclusive sur tout ce qui se passe à bord d'un navire marchand en haute mer, elle s'exprime ainsi :

« Tout d'abord, en ce qui concerne la doctrine et quelle que puisse être par ailleurs sa valeur lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une règle de droit coutumier, il est certainement vrai que tous, ou presque tous les auteurs enseignent que les navires en pleine mer sont soumis esxlusivement à la juridiction de l'Etat du pavillon. Mais ce qui importe est la signification qu'ils attachent à ce principe... »[1]. Ainsi la Cour n'a pas cru devoir faire sur la question de la valeur de la doctrine de déclaration de principe, puisque la règle qu'elle entendait démontrer pouvait être basée sur d'autres motifs.

Si l'on envisage d'autre part les avis dissidents publiés à la suite de cette décision, on constate que Lord Finlay écarte la doctrine dans sa recherche du droit international[2].

De son côté, le juge Weiss déclare, à propos de la thèse présentée par le gouvernement turc, que « le grand vice de cette thèse, c'est de chercher le droit international là où il n'est pas. Le droit international, continue-t-il, ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes ; il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en dégager quelques principes, et de donner à ces principes une formule satisfaisante »[3]. Et ceci pour la raison (également formulée

1. *Id.*, série A, p. 26.
2. *Id.*, série A, p. 57.
3. *Id.*, série A, p. 43.

par Lord Finlay [1]) que le droit international n'a d'autre source que le « *consensus omnium* ».

Signalons encore l'opinion dissidente du juge Nyholm, pour qui les critères de la formation d'une règle coutumière sont les conventions, la jurisprudence et la doctrine [2].

Parmi les décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale autres que l'arrêt du Lotus, on peut citer comme se référant aux avis des auteurs l'opinion dissidente formulée par le juge Schucking, à la suite de l'arrêt n° 1 relatif à l'affaire du Wimbledon, qui mentionne « la doctrine unanime du droit des gens » [3], et celle du juge Hudson dans l'affaire des prises d'eau de la Meuse [4].

1. *Id.*, p. 56.
2. *Id.*, p. 62.
3. *Id.*, série A, p. 43.
4. *Id.*, série A.B, p. 70.

Nota. — Voici quelques références aux travaux préparatoires des sentences de la C.P.J.I., se rapportant à la question de la valeur de la doctrine :

Avis n° 4. — Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, contre-mémoire français, série C, p. 23 et suiv, et p. 219 en note.

Arrêt n° 9, affaire du *Lotus* : mémoire français p. 194 et 198 ; contre-mémoire français, p. 249, où est exprimé l'idée qu'une dérogation à un principe bien établi du droit international ne peut être acceptée que si elle est acceptée par le droit international positif, c'est-à-dire par la pratique des nations civilisées, et que des opinions doctrinales ne sauraient suffire ; p. 270, p. 279 on trouve l'affirmation qu'on ne doit pas se laisser guider par des opinions doctrinales à caractère purement subjectif, mais sur les écrits des auteurs soucieux d'exprimer le droit existant (le mémoire entend par œuvres subjectives celles dans lesquelles les auteurs recherchent les meilleures solutions ou préparent des codes ou des projets), cette idée est encore contenue dans cette citation du professeur Anzilotti reproduite p. 247 : « Moins que jamais peuvent suffire les opinions doctrinales, surtout si l'on se rappelle qu'une grande partie des auteurs, même parmi les plus estimés, ne se sont pas préoccupés de bien déterminer le droit en vigueur en le séparant nettement de leurs idées subjectives (cette opinion est également citée dans le contre-mémoire turc, consultation du professeur Diena, p. 353 et dans le discours turc, p. 114) ; p. 268, nous lisons qu'« une opinion doctrinale si répandue qu'elle soit ... ne suffit pas à faire le droit positif... C'est d'après le droit existant, non d'après des opinions doctrinales formulant le droit désirable, que la C.P.J.I. doit statuer » ; discours français p. 47 rappelle en s'y associant l'idée exprimée par le professeur Fedozzi dans sa consultation produite par la Turquie, que « la doctrine n'est pas une source du droit international, que c'est simplement un moyen supplétif d'élucidation ». Mémoire turc, p. 226 et suiv. ; discours turc, p. 114.)

Arrêt n° 13, usine de Chorzow (Fond), réplique allemande, p. 350.

Ordonnance du 19 août 1929, affaire des Zones franches discours suisse, p. 198 et suiv. : « Quant à la doctrine solidement établie que la réplique française nous reproche de ne pas citer à l'appui de notre thèse, je me permets de répondre

Section VI

Preuve par le droit romain.

Nous avons successivement examiné, dans les sections précédentes, les différents moyens de preuve utilisés par la jurisprudence internationale pour établir le droit coutumier.

Avant d'en terminer avec cette question, il convient de signaler une curieuse décision arbitrale relative à une affaire Yuille, Shortridge et Compagnie, en date du 21 octobre 1861, dans laquelle l'arbitre a fait appel au droit romain [1].

M. L. Kopelmanas, dans un article publié dans la *Revue de droit international* sous le titre « Essai d'une théorie des sources formelles du droit international », rappelle que dès le Moyen-Age les arbitres ont été amenés à appliquer le droit romain par le fait de « l'ensemble de règles résultant de l'unité chrétienne de l'Europe féodale... dont les bases effectives ont été formées par le droit romain et le droit canon ». La Réforme et l'apparition de véritables Etats ont brisé cette unité européenne. Le droit romain et le droit canon ne sont plus les sources positives du droit commun qui régissait auparavant en tant que droit formel, même et surtout les rapports extra-nationaux.

brièvement ce qui suit. Pour ma part, je considère comme doctrine solidement établie celle qui s'appuie non par sur un grand nombre d'auteurs qui ne raisonnent pas, mais sur des raisons claires et convaincantes. Or parmi les auteurs peu nombreux qui donnent une opinion raisonnée sur la question qui nous intéresse, aucun que je sache n'essaie de prouver que le *pactum in favorem tertii*, serait incompatible avec le droit international, et c'est pourtant ce qu'il faudrait prouver », voir encore, p. 199, 319 et suiv., p. 2023.

N° 53-1933, statut du Groenland contre mémoire norvégien, série C, p. 375, 498.

N° 42-1933, trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, exposé lithuanien, série C, p. 194 et suiv., 202, 205, exposé polonais, p. 281.

N° 62-1934, affaire des Phares contre mémoire français, série C, p. 169.

N° 69-1936, affaire Losinger et C^ie^, mémoire suisse, série C, p. 31 et suiv.

N° 74, série A.B, phosphates du Maroc, exception préliminaire française, série C, p. 209 et suiv., observations et conclusions italiennes, p. 440 et suiv.

1. 1938, 1^er^ sem., p. 133. — Cf. M. de Taube, *Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen-Age, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1932, t. 4, p. 91 et suiv.

La même remarque, continue cet auteur, doit être faite quant à la jurisprudence du Sénat de Hambourg. A mi-chemin entre l'arbitrage diplomatique et l'arbitrage juridique, ce tribunal se décide souvent en équité en ayant recours au droit sur lequel il est le plus documenté, et qui se trouve être le droit romain en sa qualité de droit commun de l'Allemagne de l'époque. C'est ce qui explique la partie de la sentence relative au cumul des intérêts dans l'affaire Yuille, Shortidge et Compagnie.

Il s'agissait en l'espèce de réclamations formulées par la Grande-Bretagne au gouvernement portugais au sujet d'un prétendu déni de justice dont auraient été victimes des citoyens anglais, en violation de traités passés entre les deux pays.

L'arbitre, le Sénat de Hambourg, reconnut le bien fondé de la réclamation. Mais un point délicat se posait : il s'agissait de savoir s'il fallait accéder à la demande de la Grande-Bretagne qui réclamait le cumul des intérêts des sommes allouées. En d'autres termes, devait-on admettre l'absence de limites à l'accumulation des intérêts arriérés ?

Comme aucune règle n'existait en droit international sur la prescription des intérêts, les arbitres ont eu recours à la règle de droit romain classique que les intérêts arriérés ne sauraient dépasser le principal de la dette.

Ce qu'il est intéressant de considérer, c'est la rédaction de la sentence à ce propos :

« Il paraît également équitable d'adjuger au gouvernement royal de Grande-Bretagne les intérêts de cette somme à 6% à partir de 1839. Mais comme d'après le droit commun, seul applicable ici, le cumul des intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal (Dig. de cond. indeb. 12, 6 ; Code, de usuris, 10, 32), on a dû restreindre les intérêts de ce chef à £ 2589, 14 sh. 1 d. »[1].

1. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, p. 108.

La note doctrinale publiés à la suite de cette affaire par MM. Lapradelle et Politis déclare que « cette solution pouvait se justifier en l'espèce étant donné le point de vue du Sénat que, dans l'évaluation des dommages-intérêts, on doit toujours tenir compte des principes de l'équité, étant donné aussi qu'il s'agissait d'une réclamation d'origine privée, d'un Etat envers un autre Etat, car les règles du droit romain ne sauraient être considérées comme le complément nécessaire du droit des gens »[1].

Cependant cet appel au droit romain pour trancher une question de droit international semble isolé dans la jurisprudence moderne[2].

Nous l'avons relevé dans notre étude bien qu'il paraisse possible de soutenir qu'en l'espèce il s'agissait non pas de l'application d'une coutume mais bien d'un texte de droit écrit. En fait, l'extrême ancienneté du texte invoqué et surtout la qualité des parties en cause dont l'une au moins, l'Angleterre, était absolument détachée de toute obligation vis-à-vis du droit romain, permettent de considérer la sentence comme basée, sinon sur la preuve d'une règle coutumière tout au moins sur une règle que l'équité avait fait naître autrefois et qu'elle autorisait l'arbitre à rappeler et à appliquer dans le cas qui était soumis.

1. *Id.*, p. 116.

2. Nous n'en avons relevé qu'une seule contre invocation à propos de l'affaire de l'Alabama, Dans une note spéciale produite au cours de la délibération du tribunal, l'agent britannique, sir Roundell Palmer, s'en prévaut pour soutenir sa thèse relative à la réclamation des intérêts des sommes à allouer, Lapradelle et Politis, *op. cit.*, t. 2, p. 884).

CHAPITRE III

ÉVOLUTION ET ABROGATION DE LA COUTUME[1]

Un des caractères essentiels du droit non écrit, est d'être vivant, c'est-à-dire susceptible de changement. Reposant sur la conscience des Etats, ayant sa source même dans les faits de la vie internationale, il varie en s'adaptant aux besoins des peuples. Comme le rapporte J.-W. Garner, « les paroles qu'un juge anglais a prononcées récemment à propos du droit coutumier de son pays s'appliqueraient avec une vérité égale au droit international : « Le droit coutumier, a-t-il dit, doit s'adapter aux circonstances nouvelles ou différentes, sinon il échoue dans sa fonction et perd sa dignité et sa valeur ; pour une société qui progresse, il faut un droit coutumier qui progresse »[2].

Si le règlement des conflits internationaux suivait de près leur naissance, la coutume n'ayant pas le temps d'évoluer, aucune difficulté ne pourrait s'élever à ce sujet.

Cependant la jurisprudence internationale offre des cas

1. Nous faisons entrer l'étude de l'abrogation de la coutume dans celle de son évolution. L'abrogation fait disparaître jusqu'aux moindres traces de la règle envisagée. Elle peut se produire par désuétude ou par remplacement de la règle envisagée par une autre règle. Dans cette dernière hypothèse, on retombe dans le cas d'évolution

2. *Revue générale de droit international public*, 1930, p. 225.

dans lesquels le juge a dû tenir compte d'une semblable évolution.

Nous n'avons relevé qu'un seul compromis dans lequel les parties contractantes aient prévu l'évolution de la loi coutumière. Ce texte a été signé pour le règlement de l'affaire de piraterie Pelletier, et son article 4 spécifie que l'arbitre (qui était en l'espèce le juge Strong, ancien juge à la Cour suprême des Etats-Unis) tranchera le litige « d'après les principes du droit international en vigueur à l'époque des événements qui font le sujet des réclamations »[1].

Si toutefois les compromis d'arbitrage paraissent ignorer le problème, lorsque le cas s'est présenté, les juges internationaux ont presque toujours déclaré devoir appliquer le droit en vigueur au moment du litige.

C'est ainsi que dans la sentence intéressant l'affaire de l'Enterprize, la commission mixte de Londres entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, instituée par le traité du 8 février 1853, déclare à propos du principe de l'esclavage : « On ne peut dénier que l'esclavage soit contraire aux principes de justice et d'humanité, et qu'il puisse seulement être établi dans un pays par la loi. Au temps des faits sur lesquels cette réclamation est fondée, l'esclavage existait en vertu de la loi de plusieurs contrées, et n'était pas pleinement aboli dans les possessions britanniques. Il ne pouvait donc être contraire à la loi des nations, et l'Enterprize avait droit à la même protection que si sa cargaison se fut composée de toute autre espèce de propriété »[2].

Il en est de même dans l'affaire du Macedonian, qui a opposé le Chili et les Etats-Unis ; bien que l'arbitre, le roi Léopold Ier, ne se soit pas expliqué sur ce point, la sentence, en date du

1. La Fontaine, *Pasicrisie*, p. 245.
2. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 703.

15 mai 1863, a jugé d'après le droit des gens à l'époque du litige[1].

A une date plus récente, on peut citer l'affaire des Grisbadarna, tranchée entre la Norvège et la Suède par une décision de la Cour Permanente d'Arbitrage du 23 octobre 1909. Dans cette sentence, la Cour avait à tracer une frontière par application d'un traité datant du XVIII^e siècle, elle déclare n'avoir recours, dans ce but, qu'aux « principes du droit en vigueur à cette époque », et de ce fait refuse d'appliquer le principe d'une ligne médiane à tirer au milieu des terres habitées, ainsi que le principe du thalweg, parce qu'ils ne faisaient pas partie du « droit des gens en vigueur au XVIII^e siècle ». De même, elle rejette l'assimilation de la fixation d'une frontière entre deux pays limitrophes à une opération analogue telle qu'elle se présenterait s'il s'agissait d'un territoire maritime, les règles invoquées datant des siècles postérieurs[2].

Nous avons cependant relevé une exception à ce principe dans la sentence rendu par Guillaume III, roi des Pays-Bas, dans l'affaire franco-espagnole des navires Veloz-Mariana, Victoria et Vigie, le 13 avril 1852[3]. L'arbitre fait reposer la responsabilité de la France sur la règle, à l'époque du litige que l'ouverture des hostilités ne rend pas possible l'exercice immédiat du droit de prise. MM. Lapradelle et Politis dans la note doctrinale qu'ils ont publiée à la suite de cette décision signalent que la pratique à cette époque allait même plus loin et légitimait le système de l'embargo préventif[4].

En ce qui concerne la Cour Permanente de Justice Internationale, nous trouvons une déclaration de principe très nette dans l'arrêt n° 7 relatif à certains intérêts allemands en

1. *Id.*, p. 182 et suiv.
2. J.B. Scott, *Sentences de la C.P.A.*, p. 132 et 133.
3. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, p. 619.
4. *Id.*, p. 633.

Haute-Silésie polonaise, du 25 mai 1926. La Cour doit appliquer l'article 256 du Traité de Versailles, qui prévoit le transfert de la propriété publique à la suite de cessions de territoires. Elle déclare alors que ce texte « doit, conformément aux principes régissant la succession entre Etats et maintenus dans le Traité de Versailles, être interprété à la lumière du droit en vigueur au moment où le transfert de la souveraineté a eu lieu »[1].

Il est intéressant de rechercher sous quelles influences la jurisprudence admet la modification du droit international coutumier.

Nous possédons à ce sujet l'opinion exprimée par quelques juges éminents à propos de litiges qu'ils ont eu à trancher.

C'est ainsi que Kosters, dans son ouvrage sur « *Les fondements du droit des gens* », rapporte l'attitude adoptée par Lord Stowell, alors que ce dernier avait refusé de prononcer la confiscation d'un navire étranger employé à la traite des esclaves à un moment où la Grande-Bretagne avait défendu

1. *Publications de la C.P.J.I.*, série A, p. 41.

Nota. — Les travaux préparatoires des décisions de la C.P.J.I. se sont aussi occupés de la question. En voisi des ecemples :

Arrêt n° 1, affaire du Wimbledon, série C, p. 91 et suiv. « c'est le droit existant qui doit être invoqué, et non celui qui est susceptible d'exister à une époque plus ou moins lointaine ».

N° 53-1933, statut juridique du Groenland oriental : mémoire danois, série C, p. 105, cite par Fauchille en ces termes : « La règle qu'il faut ici poser est que les titres de chaque pays doivent être appréciés d'après l'état du droit international en vigueur à l'époque où ils ont pris naissance. Cette règle est imposée par la raison même. Comment, à moins de heurter le simple bon sens, exiger d'un Etat qu'il remplisse pour la prise de possession d'un territoire des conditions qu'il lui était impossible de connaître, dont le droit international n'avait pas encore indiqué les bases ?

«... Les publicistes les plus récents et la pratique actuelle des nations sont sur ce point très explicites. Un différend relatif à une occupation doit être jugé non pas d'après les principes régnant à l'époque où il s'est produit, mais d'après ceux existant au moment où l'occupation a été faite. « De même le contre-mémoire norvégien s'accorde avec la réplique danoise « pour estimer qu'il faut apprécier ces dispositions suivant la conception existant à cette époque du droit international. Il faut en effet admettre que la question de validité d'une acquisition de territoire par voie d'occupation est à juger selon les règles du droit international en vigueur à l'époque où l'occupation a été effectuée » (série C, p. 374 et 734).

ce trafic, mais où les autres nations ne l'avaient pas encore fait : « Je ne puis admettre, déclare-t-il, que parce qu'une seule nation a trouvé bon d'abandonner l'usage reçu dans le monde entier et de contrecarrer les intentions de toute l'humanité d'une façon nouvelle qui est sans précédents, je doive, moi, attacher des effets juridiques à pareille innovation pour l'unique motif que certaine théorie générale lui apporte quelque appui »[1].

Le juge Marshall, qui a été président de la Cour suprême des Etats-Unis de 1801 à 1935, a exprimé son opinion en ces termes dans la sentence qu'il a rendue à propos de l'affaire The Antilope en 1825[2].

« Aucun principe du droit des gens n'est plus généralement admis que la parfaite égalité des Etats. La Russie et la République de Genève ont des droits égaux. Il résulte de cette égalité qu'aucun ne peut juridiquement imposer sa loi aux autres. Chaque Etat fait ses lois, mais leur application se réduit à leur propre usage. Par conséquent un droit reconnu par le consentement de tous ne peut être abrogé que par le même consentement en sens contraire. Et ce commerce auquel tous ont participé doit être considéré comme légal à l'égard de ceux qui n'y ont pas renoncé. Parce qu'une nation ne peut faire la loi d'une autre, elle ne peut faire la loi des Etats ; et ce commerce doit être considéré comme légal par les gouvernements qui ne l'ont pas interdit »[3].

Cette décision est intéressante parce qu'elle revient sur la jurisprudence établie par l'affaire du shooner la Jeune Eugénie qui s'était posée dans des conditions semblables trois ans

1. Affaire *The Santa Cruz*, 1798, *The Fled Oyen* 1799, *Robinson, Admiralty reports*, t. 1, p. 60, 141 ; *The Louis*, 1817, Dodson, *Admiralty reports*, p. 210 et suiv., et surtout p. 249-250.
2. Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, t. 2, p. 295 et 296.
3. Dickinson, *The law of nations*, p. 20.

auparavant en 1825, devant le même tribunal, et qui avait été tranchée en sens contraire par le juge Story[1].

On peut rapprocher de ces affirmations l'opinion exprimée plus récemment par le juge Loder, dans son avis dissident publié à la suite de l'arrêt du Lotus : d'après lui, les règles de droit international « peuvent être modifiées, changées, développées suivant les vues d'une majorité considérable de ces Etats, au fur et à mesure de l'évolution de ces convictions générales » ; et à propos de la règle spéciale qui défend à un Etat de connaître des délits commis à l'étranger par un étranger, même si par la suite cet étranger réside sur son territoire, il ajoute : « Or graduellement, la règle a subi une modification importante dans les législations d'une assez grande majorité des Etats civilisés, modification qui semble ne pas avoir rencontré des objections et qui peut être considérée comme adoptée ». Comme d'autre part, le juge Loder avait estimé qu'un semblable principe pouvait céder « à une convention contraire quelconque ou à une convention généralement et même tacitement admise par le droit des gens », il admet donc qu'une règle coutumière puisse être modifiée par une autre règle d'origine coutumière et résultant dans le cas envisagé, d'une modification des législations d'un grand nombre d'Etats, modification qui n'ait pas rencontré d'objections de la part des autres Etats civilisés[2].

La nécessité du consentement d'un grand nombre d'Etats reste donc, il est à peine besoin de le souligner, la condition essentielle de l'évolution ou de l'abrogation d'une coutume, comme celle de sa formation. Dans sa simplicité, ceci est même l'idée principale que l'on peut retenir de cette troisième partie.

1. *Id.*, p. 13 et suiv.

2. *Publications de la C.P.J.I.*, arrêt n° 9, série A, p. 34. — N° 42-1931, trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, exposé polonais, série C, p. 281 : évolution prouvée par la doctrine. — N° 53-1933, statut juridique du Groenland oriental, réplique polonaise, série C, p. 1311 : évolution prouvée par l'attitude de l'Etat dans le dernier quart du XIX^e siècle.

CONCLUSION

Nous avions pour but, en entreprenant le travail qu'on vient de lire, d'extraire du grand nombre des décisions internationales une théorie générale de la coutume.

Chaque fois qu'un tribunal est amené à appliquer la coutume internationale, il le fait après s'être entouré de certaines garanties sur son existence. Notre but était ainsi de rechercher la présence d'une méthode d'investigation et de préciser ses caractères, il était également de déterminer les cas dans lesquels toute méthode générale paraissait inexistante et d'essayer d'expliquer cet état de choses.

En recherchant dans une première partie la place occupée par la coutume dans la jurisprudence internationale, nous avons constaté l'abondance et la diversité des sources du droit international.

Pour situer la question, et bien que notre but n'ait été que d'en étudier la situation actuelle, nous avons recherché rapidement les origines de la conception moderne de la coutume internationale.

Nous avons constaté qu'au Moyen âge, le droit international était presqu'exclusivement coutumier ; aussi dans son application était-il naturel qu'on n'ait pas entouré la recherche de la règle coutumière de toutes les garanties dont on l'accompagnera plus tard. C'était plutôt le traité qui était l'exception.

Peu à peu, les Etats trouvèrent plus commode de fixer leur

position dans des documents écrits. Presque toujours au début ce furent les coutumes que l'on codifia, ensuite les traités s'accumulèrent jusqu'à former une nouvelle source de droit international.

Lorsque les juges internationaux, ayant un différend à trancher, se trouvèrent en face de deux sources de droit tendant chacune à donner une solution propre au problème posé, ils furent dans la nécessité de faire un choix. Tout d'abord, comme nous l'avons constaté, ils eurent à apprécier la valeur respective de chacun des « droits » qui se proposaient à eux, mais aussitôt après ils durent décider. C'est l'histoire de ce choix, ce sont les méthodes suivies que nous avons recherchées pour essayer d'en dégager l'esprit et l'exposer comme une théorie générale de la coutume.

Dans la seconde partie, un schéma aussi simplifié que possible nous a aidé à comprendre les éléments qui constituent pour le juge international les fondements de la règle coutumière. Le fait et la volonté sont souvent si intimement liés que parfois il a pu sembler artificiel de les séparer, mais le plan suivi a permis d'exposer la prédominance de l'élément psychologique sur l'élément purement formel et de conclure à la nécessité de leur coexistence pour la reconnaissance de la règle coutumière par la jurisprudence.

Le côté théorique ayant été examiné dans cette deuxième partie, c'est surtout l'aspect pratique de l'application de la coutume qui a fait l'objet de la troisième partie.

Il a paru plus clair de rejeter dans cette dernière l'étude des méthodes adoptées par les cours de justice pour recevoir la preuve d'une coutume, qu'elle soit invoquée par une des parties en cause ou qu'elle soit proposée par le tribunal lui-même.

Nous savons en effet, d'après les conclusions de la seconde

partie, que le juge exige la réunion de deux éléments pour reconnaître l'existence d'une coutume. Dans cette troisième partie, nous avons recherché comment il faut étayer la preuve de ces éléments, par quels documents on peut en établir l'existence, et l'on s'adresse successivement dans ce but aux décisions judiciaires, aux traités, à l'attitude observée par les Etats, aux législations internes, à la doctrine, et même au droit romain.

Cette étude nous a permis de constater que, malgré l'absence de liens entre les divers tribunaux internationaux jusqu'à une époque récente, ceux-ci avaient néanmoins adopté, dans l'ensemble, une attitude assez cohérente pour permettre de distinguer dans l'histoire de la théorie générale de la source coutumière les périodes qui ont été dégagées à savoir le Moyen-Age, la période qui a précédé les conférences de La Haye de 1899 et de 1907, les années qui se sont écoulées entre ces conférences et 1920, et enfin la période actuelle pendant laquelle, aux tribunaux arbitraux s'est jointe la Cour Permanente de Justice Internationale. Cette cohésion toutefois n'a pu être réalisée complètement, dans la mesure où une jurisprudence peut être constante, qu'après l'institution de la Cour Permanente de Justice Internationale.

Cette Cour se trouve en effet placée dans une situation bien supérieure à celle de n'importe quel autre juge pour construire une théorie du droit international et une jurisprudence.

« Facilement accessible et inspirant à tous confiance, déclare le Professeur Politis, la Cour peut enfin exercer la plus heureuse influence sur le progrès de la légalité et la formation d'une jurisprudence : elle est composée d'un assez grand nombre de juges, représentant les principaux systèmes juridiques du monde civilisé, pour qu'elle ne soit pas exposée aux chances d'erreur ; elle peut, grâce à la continuité et la régularité de

son fonctionnement, avec un personnel et un ensemble de règles toujours les mêmes, créer des traditions favorables au développement du sens de la justice ; statuant enfin au nom de la collectivité des Etats, elle prend du droit une vue vraiment universelle et ses arrêts constituent l'expression de la conscience juridique mondiale »[1].

On peut ajouter à ces considérations que les tribunaux ordinairement constitués pour trancher un litige avant l'institution de la Cour Permanente de Justice Internationale, ne pouvaient pas, réserve faite de la Cour Permanente d'Arbitrage, avoir la haute compétence technique des juges de La Haye.

Nous avons donc pu constater que le travail de la jurisprudence a été considérable et qu'il se dégage de son étude une impression d'homogénéité, de continuité et de force qu'il faut se garder de mésestimer ; mais à côté de ces constatations rassurantes, il nous a été donné de découvrir de nombreuses lacunes. Rappelons la question de l'abus de droit sur laquelle nous n'avons pas de documents, de même le problème des coutumes relatives où l'incertitude reste vraiment trop grande, ou encore celui de l'abrogation de la coutume internationale. Il est d'ailleurs facile de donner la raison de ces lacunes, elle est que la jurisprudence n'intervient qu'à l'occasion de problèmes pratiques, et que les questions précitées ont plus rarement que les autres été à la base de litiges entre Etats.

Au cours de notre étude, nous avons enfin constaté qu'après avoir occupé le premier rang en droit international, de même que la coutume en droit interne, la coutume internationale a progressivement cédé le pas au droit conventionnel.

Malgré cette apparence de déclin, il faut bien se garder de mésestimer le rôle qu'elle joue encore actuellement dans les relations entre Etats.

1. *La Justice internationale*, p. 180.

Ce rôle est, moins que celui des conventions, appelé à être mis en lumière, car la coutume est comme le pain que l'on mange, il n'y a pas de repas qu'il n'accompagne, et pourtant il ne figure pas au menu. On pense à relever toutes les références des traités en vertu desquels on prend telle ou telle position dans les rapports avec une Puissance étrangère, on oublie presque toujours d'ajouter que c'est en vertu de la coutume que l'on agit ainsi, et que sans une coutume, il eut été presqu'impossible de souder ensemble les textes conventionnels invoqués. C'est un ciment, c'est une atmosphère sans laquelle ne sauraient prendre tous leur valeur les actes internationaux, si conventionnels qu'ils paraissent. Et pour illustrer cette idée, nous ne pouvons mieux faire que de nous ranger à l'opinion du juge Nyholm lorsqu'il déclare à propos de l'arrêt du Lotus :

« Comme moyen de régler les rapports entre les pays, il faut citer en premier lieu les conventions plus ou moins universelles conclues entre les Etats qui servent à jeter des ponts sur le domaine qui n'est soumis à aucune réglementation. Une législation universelle émanant de tous les pays et ayant pour but la création ou la codification des lois internationales constituerait une solution du problème, mais elle n'existe pas et l'on ne saurait compter que sur la fixation du droit international par la coutume »[1].

1. *Publications des arrêt de la C.P.J.I.*, arrêt du *Lotus*, série A, p. 59 et suiv.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 17 juin 1941
Le Président de thèse :
Joseph DELPECH.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 17 juin 1941
Le Doyen de la Faculté
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 19 juin 1941
Le Recteur de l'Académie
Président du Conseil de l'Université
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES D'AUTEURS

ANZILOTTI (D.). — *Cours de droit international*, traduction française par GIDEL (G), d'après la 3e éd., italienne, Paris, Sirey, 1929.

BASDEVANT (J.). — *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes pendant la guerre de* 1914-1918, 2 tomes, Paris, Rousseau, 1922-1927 (en collaboration avec P. FAUCHILLE).

— *Règles générales du droit de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, « *Publications des cours* », 1936, t. 4.

BECKETT (W.-E). — *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la C.P.J.I., Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1932, t. 1.

BLUHDORN (R.). — *Le fonctionnement et la jurisprudence des T.A.M, créés par les traités de paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1932, t. 3.

BOREL (E.). — *L'acte général de Genève, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1929, t. 2.

BOURQUIN (M.). — *Règles générales du droit de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1931, t. 1.

BRUNS (E.V.). — *La Cour Permanente d'Arbitrage.*

— *Fontes juris gentium, « Répertoire des décisions de la C.P.J.I. »*, 1923-1930, Berlin. Carl Heymanns, Verlag, 1931.

BYNKERSHOEK. — *De foro legatorum,*

CASTBERG (F.). — *L'excès de pouvoir dans la Justice Internationale, Cours* professé à La Haye, 1931, t. 1.

CAVAGLIERI (A.). — *Corso di diritto internazionale*, 1925.

— *Règles générales du droit de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1929, t. 1.

COBBETT (J.). — *Cases and opinions on international law*, 3e éd., 1909.

DEREVITSKY. — *Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la C.P.J.I.*, thèse, Paris, Pedone, 1932.

DESCAMPS (Baron). — *Recueil international des traités du XXe siècle* (en collaboration avec L. RENAULT).

DICKINSON (E.). — *The law of nations*, New York, , Mc Graw Hill, 1929.

DUMONT. — *Corps universel diplomatique*, Amsterdam, 1726.

EHRLICH (L.). — *Interprétation des traités, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1928, t. 4.

FAUCHILLE (P.) et BASDEVANT (J.). — *Jurisprudence britannique en matière de prises maritimes pendant la guerre de* 1914-1918, 2 tomes, Paris, Rousseau, 1922-1927.

— *Traité de droit international public*, 3 tomes, 8e éd., Paris, Rousseau, 1921.

FEROU (G.). — *Des tribunaux de prises*, thèse, Paris, Pedone, 1896

FINCH (G.-A.). — *Les sources modernes du droit international, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1935, t. 3.

GARNER (J.W.). — *Le développement et les tendances récentes du droit international, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1931, t. 1.

GIANNI (G.). — *La coutume en droit international*, thèse,Paris, Pedone, 1931.

GIDEL (G.). — *La mer territoriale et la zone contigüe, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *ap. cit.*, 1934, t. 2.

GROTIUS (H.). — *De jure belli ac pacis*, Washington, Oxford, Clarendon press, 1913-1925.

J. HAEMMERLE (J.). — *La coutume en droit des gens d'après la jurisprudence de la C.P.J.I.*, thèse, Paris, Sirey, 1936.

HEILBORN (P.). — *Les sources du droit international, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1926, t. 1.

HERSHEY (A.). — *The essential of international public law and organisation*, New York, 1912.

KOSTERS (J.). — *Les fondements du droit des gens*, Bibliotheca Visseriana, Lugduni Batavorum apud E.J., Brill, 1923.

LA FONTAINE (H.). — *Pasicrisie internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, Stampfli et Cie, 1902.

LAPRADELLE (A. de). — *La justice internationale, cours de doctorat* professé à la Faculté de droit de Paris en 1932-1933, Paris, 1933.

— *Les principes généraux du droit international*, Paris, Dotation Carnegie, 1929.

— *Recueil des arbitrages internationaux*, 2 tomes, 1798-1855 et 1855-1872, Paris, Pedone, 1905 (en collaboration avec N. POLITIS).

LAUTERPACHT.(H.). — *Règles générales du droit de la paix*, cours professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1937, t. 4.

LE FUR (L.). — *La coutume et les principes généraux du droit comme source du droit international public*, « *Recueil Gény* », t. 3, p. 362.

— *La théorie du droit naturel depuis le* XVIIIe *siècle et la doctrine moderne, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1927, t. 3.

NAIR (A. Mc). — *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1933, t. 1.

MAKOWSKI (J.). — *L'organisation actuelle de l'arbitrage international, Cours* professé à l'A cadémie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1931, t. 2.

MANNING (W.R.). — *Arbitration treaties among the american nations.*

MÉRIGNHAC (A.). — *Traité théorique et pratique de l'arbitrage*, Paris, Larose, 1895.

MEURER (C.). — *Die Haager Friedenskonferenz*, München, 1905-07.

MOORE (J.B.). — *A Digest of international law*, Washington, Government printing office, 1906.

NOVACOVITCH (M.). — *Les compromis et les arbitrages internationaux du* XII^e *au* XV^e *siècle*, thèse, Paris, 1905.

PARDESSUS. — *Collection des lois maritimes antérieures au* XVIII^e *siècle*, Paris, 1828-1845.

PHILLIMORE (Lord). — *Commentaries upon international law*, 2^e éd., Londres, 1871-1874.

POLITIS (N.). — *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924.

— *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927.

— *Recueil des arbitrages internationaux*, 2 tomes, 1798-1855 et 1855-1872, Paris, Pedone, 1905 (en collaboration avec A. de LAPRADELLE).

POTTER (Pitman B.). — *Developpement de l'organisation internationale, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1938, t. 2.

RAY (J.). — *Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, 1934, t. 2.

RIPERT (G.). — *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1933, t. 2.

ROMANO. — *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1933.

SCELLE (G.). — *Règles générales du droit de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1933, t. 4.

SCHINDLER (D.). — *Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la S.D.N., Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1928, t. 5.

SCOTT (J.B.). — *Prize cases decided in the United States Supreme Court*, 1789-1918, 3 tomes, New-York, Oxford, 1923.

— *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, « *Recueil de ses sentences* », New-York, Oxford, University press, 1921.

SEFERIADÈS (S.). — *Principes généraux du droit international de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1930, t. 4.

SOLERE (de). — *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Les éditions internationales, 1931 (en collaboration avec J. TEYSSAIRE).

STRUPP (K.). — *Le droit du juge international de statuer selon l'équité, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1930, t. 3.

— *Eléments du droit international public*, 2^e éd. française, Paris, Les éditions internationales, 1930.

— *Les règles générales du droit de la paix, Cours* professé à l'A cadémie de droit de La Haye, 1934, t. 1.

TAUBE (M. de). — *Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen-Age, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1932, t. 4.

TEYSSAIRE (J.). — *Les tribunaux arbitraux mistes*, Paris, Les éditions internationales, 1931 (en collaboration avec de SOLERE).

TRIEPEL. — *Droit international et droit interne*, traduction française BRUNET, Oxford, Imprimerie de l'Université, 1920.

— *Les rapports entre le droit interne et le droit international, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1923, t. 1.

VATTEL (E. de). — *Droit des gens, idées et principes généraux du droit des gens*, Washington, Carnegie, 1916.

VERDROSS (A.). — *Die Verfassung der Volkerrechts. Gemeinscheft*, Wien, 1926.

— *Règles générales de droit international de la paix, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1929, t. 5.

VISCHER (C. de). — *La codification du droit international, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1925, t. 1.

VITORIA. — *De indis*, Washington Carnegie, 1917.

WESTLAKE (J.). — *Etudes sur les principes du droit international* traduction Nys, Paris, Thoriz, 1895.

WHEATON (H.). — *Elements of international law.* 5e éd., Leipzig, 1874.

— *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, 2 tomes, Leipzig, 1865.

WITENBERG (J.C.). — *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*, Paris, Pedone, 1937 (en collaboration avec J. Desrioux).

— *La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1932, t. 2.

ZIMMERMANN (M.). — *La crise de l'organisation internationale au Moyen-Age, Cours* professé à l'Académie de droit de La Haye, *op. cit.*, 1933, t. 2.

REVUES ET PUBLICATIONS DIVERSES

Recueil des Actes et Protocoles des séances, édité par le Bureau de la C..P.A.

Traités généraux d'arbitrage, Bureau international de la C.P.A.

S.D.N. Arbitrage et sécurité. Etude méthodique des conventions d'arbitrage et des traités de sécurité mutuelle déposés auprès de la S.D.N.

Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la S.D.N., aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'assemblée du statut de la C.P.J.I.

Procès-verbaux des séances du Comité des juristes, 16 juin-24 juillet 1920.

Robinson Admiralty reports.

Dodson Admiralty reports.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, 3 t.. Sirey, 1935 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

PLACE DE LA COUTUME DANS LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER. — HISTORIQUE 11

Section première. — La coutume dans la jurisprudence des tribunaux du Moyen-Age 12

Section 2. — La coutume dans la jurisprudence internationale avant 1899 16

Section 3. — La coutume dans la jurisprudence internationale de 1899 à 1920 24

Section 4. — La coutume dans la jurisprudence internationale depuis 1920 30

§ 1. Jurisprudence arbitrale 30

§ 2. Jurisprudence de la C.P.J.I. 37

§ 3. Jurisprudence des T.A.M. 40

CHAPITRE II. — APPLICATION DE LA COUTUME EN PRÉSENCE DES AUTRES SOURCES DU DROIT 45

Section première. — Coutume et convention 46

§ 1. L'ordre hiérarchique entre la coutume et la convention ... 46

§ 2. Rapports de la coutume et de la convention lorsque ces deux sources sont concordantes 58

A. Interprétation et extension du droit international conventionnel par le droit international coutumier 59

B. Influence de la coutume sur la rédaction des traités codification de la coutume 67

Section 2. — Coutume et principes généraux 71

Section 3. — La coutume dans ses rapports avec les usages et le droit interne 78

§ 1. Coutume et usage 78

§ 2. Coutume et droit interne 81

Section 4. — La coutume et les sources subsidiaires mentionnées dans l'alinéa 4 de l'article 38 du Statut de la C.P.J.I. 84

DEUXIÈME PARTIE

CONSTRUCTION D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA COUTUME PAR LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER. — POSITION DE LA QUESTION 89

A. Les tribunaux arbitraux 90

B. La C.P.J.I. 92

CHAPITRE II. — ÉLÉMENT DE FAIT DE LA COUTUME 96

§ 1. Caractère du fait 97

A. Ancienneté 97

B. Généralité dans l'espace 100

C. Caractère international 101

§ 2. Question de l'abstention 102

§ 4. Actes de courtoisie et de tolérance 109

CHAPITRE III. — ÉLÉMENT PSCHOLOGIQUE DE LA COUTUME 113

CHAPITRE IV. — CONSIDÉRATIONS D'HUMANITÉ ET D'ÉQUITÉ 120

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION DE LA COUTUME PAR LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER. — FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME 127

§ 1. Les théories 127

§ 2. La jurisprudence 132

§ 3. Les coutumes relatives 143

CHAPITRE II. — PREUVE DE LA COUTUME 146

Section première. — Généralités 146

Section 2. — Preuve par les décisions judiciaires internationales 156

§ 1. Doctrine 157

§ 2. Jurisprudence 163

A. Arbitrages 164

B. C.P.J.I. 167

Section 3. — Preuve par les traités 171

Section 4. — Preuve par l'attitude des Etats 176

§ 1. Les actes de gouvernement 178

A. Arbitrages 180

B. C.P.J.I. 182

§ 2. La jurisprudence des tribunaux internes 187

§ 3. Les législations internes 193

Section 5. — Preuve par la doctrine 200

A. Les textes 200

B. La jurisprudence 203

Section 6. — Preuve par le droit romain 210

CHAPITRE III. — EVOLUTION ET ABROGATION DE LA COUTUME 213

CONCLUSION 219

BIBLIOGRAPHIE 225

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)